

NOR : ECOX2217989L

CONSEIL D'ÉTAT
Assemblée générale
Commission permanente

Séances du jeudi 30 juin et
du lundi 4 juillet 2022

Section des finances

N° 405548

EXTRAIT DU REGISTRE
DES DÉLIBÉRATIONS

AVIS
sur un projet de loi
portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat

1. Le Conseil d'Etat a été saisi le 24 juin 2022 d'un projet de loi portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat. Ce projet de loi a été modifié par trois saisines rectificatives reçues respectivement les 27, 29 juin et le 4 juillet 2022.

2. Ce projet de loi comprend dix-huit articles et est organisé en quatre titres, respectivement intitulés « Protection du niveau de vie des Français », « Protection du consommateur », « Souveraineté énergétique » et « Dispositions diverses ». Les mesures proposées tendent, notamment, à l'anticipation de la revalorisation des prestations et droits sociaux, à l'augmentation et à la pérennisation de la prime exceptionnelle de pouvoir d'achat devenue prime de partage de la valeur, à la baisse des cotisations sociales des travailleurs indépendants et à l'amélioration du régime de l'intéressement. Elles visent, également, à renforcer les droits des consommateurs et à garantir la sécurité d'approvisionnement énergétique dans le contexte de la crise actuelle. Le Gouvernement propose, en parallèle, un projet de loi de finances rectificative, qui contient les mesures ayant un impact sur le budget de l'Etat. Ce dernier texte a notamment pour objet de prolonger et d'amplifier le dispositif de « bouclier tarifaire » pour l'électricité et le gaz et de supprimer la contribution à l'audiovisuel public.

3. L'étude d'impact, reçue le 24 juin 2022 et modifiée par trois saisines rectificatives des 27 juin, 29 juin et 4 juillet 2022 est apparue, pour bon nombre de dispositions, lacunaire ou insuffisante au regard des prescriptions de la loi organique du 15 avril 2009, alors qu'une telle étude aurait été particulièrement précieuse compte tenu du délai très limité laissé au Conseil d'Etat pour l'examen d'un projet de loi qui regroupe de nombreuses mesures distinctes les unes des autres et, notamment, pour celle relative à la revalorisation anticipée des retraites et des prestations sociales et celle relative à la « prime de partage de la valeur ». Il incombera donc au Gouvernement de l'améliorer substantiellement avant le dépôt du projet de loi au Parlement.

Protection du niveau de vie des Français

Revalorisation anticipée des retraites et des prestations sociales

4. Le projet de loi procède à une revalorisation immédiate de 4 % de plusieurs prestations sociales. Cette hausse interviendra en anticipation de la prochaine revalorisation annuelle de chacune de ces prestations. Une revalorisation anticipée est également prévue pour les aides personnelles au logement par un article qui prévoit, en outre, le plafonnement durant une année de l'indice de référence des loyers.

5. Le principe de ces revalorisations, qui concernera de manière identique l'ensemble des bénéficiaires de chacune des prestations visées et qui avait déjà été mis en œuvre, par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 même si le dispositif alors retenu était de moindre ampleur dans son champ et son importance, ne se heurte selon le Conseil d'Etat à aucun obstacle juridique.

Le Conseil d'Etat relève, par ailleurs, qu'il résulte de la décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000 du Conseil constitutionnel qu'alors même que la mesure envisagée aura un impact financier sur les comptes de la sécurité sociale de 2022, aucune disposition organique n'impose qu'une telle mesure soit adoptée uniquement dans le cadre d'une loi de financement, le cas échéant rectificative, de la sécurité sociale ou qu'une telle loi soit déposée simultanément devant le Parlement, dès lors qu'une telle loi de financement ou de financement rectificative est susceptible d'intervenir avant la fin de l'année pour tirer les conséquences de la revalorisation anticipée des prestations sur les tableaux d'équilibre des régimes de sécurité sociale de l'année 2022 adoptés dans le cadre de la loi du 23 décembre 2021 de financement de la sécurité sociale pour 2022.

Le Conseil d'Etat estime toutefois, notamment à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-555 DC du 16 août 2017, que par l'importance de cet impact financier, évalué par l'étude d'impact à 4,6 milliards d'euros pour la sécurité sociale pour l'année 2022, cette mesure modifiera les grandes lignes de son équilibre financier et suppose par principe, eu égard au rôle des lois financières, que le Gouvernement puisse soumettre au Parlement un projet de loi de financement rectificative de la sécurité sociale ou à défaut ait recours au cadre de la deuxième partie, de portée équivalente, du prochain projet de loi de financement de la sécurité sociale pour tenir compte des effets de cette mesure sur les conditions générales de l'équilibre financier de la sécurité sociale en 2022 qu'il revient au Parlement de déterminer. Aussi, si, comme il a été dit ci-dessus, le Gouvernement n'est pas tenu de déposer un tel projet de loi simultanément à l'examen du présent projet, il importe, pour que le Parlement dispose d'une information équivalente lors du vote d'une telle mesure, que l'étude d'impact attachée au présent projet de loi comporte les principaux éléments financiers permettant au Parlement de mettre en perspective les conséquences de l'adoption de la présente revalorisation sur la trajectoire des comptes sociaux.

Prime de partage de la valeur

6. Le projet de loi initialement proposé par le Gouvernement instaurait un régime d'exonération de toutes les cotisations et contributions sociales, de l'impôt sur le revenu et d'autres impositions en cas de versement d'une « prime de pouvoir d'achat », dans la limite de 3 000 euros par personne et par année civile, portée à 6 000 euros dans certaines entreprises. Cette exonération concernait les primes versées par les employeurs mentionnés à l'article

NOR : ECOX2217989L

L. 3311-1 du code du travail à leurs salariés et travailleurs intérimaires dont le revenu annuel est inférieur à trois fois le salaire minimum de croissance (SMIC).

Ce dispositif succédait à ceux ayant instauré, à trois reprises ces dernières années, des primes exceptionnelles de pouvoir d'achat : en décembre 2018, pour quatre mois, par la loi n° 2018-1213 du 24 décembre 2018 portant mesures d'urgence économique et sociale, en 2020, pour un an, par la loi n° 2019-1446 du 24 décembre 2019 de financement de la sécurité sociale pour l'année 2020 et enfin, du 1^{er} juin 2021 au 31 mars 2022, par la loi n° 2021-953 du 19 juillet 2021 de finances rectificative pour 2021. Il s'en différenciait par son caractère permanent et par le triplement des montants.

7. A la suite d'échanges avec le Conseil d'Etat, le Gouvernement a remplacé, dans sa dernière saisine rectificative, la « prime de pouvoir d'achat » présentée au point 6 par une « prime de partage de la valeur » combinant deux dispositifs :

- Un dispositif permanent permettant aux entreprises de distribuer une prime présentant les mêmes caractéristiques que celles analysées ci-dessus, à la double différence de l'absence de « seuil » salarial et de la limitation de l'exonération aux cotisations sociales ainsi qu'à diverses taxes pesant sur l'employeur (formation, participation à l'effort de construction) ;
- Un dispositif d'effet temporaire, du 1^{er} août 2022 jusqu'au 31 décembre 2024, au cours duquel cette même prime bénéficie également d'une exonération d'impôt sur le revenu, de CSG et de CRDS, lorsqu'elle est versée à un salarié dont la rémunération est inférieure à trois fois le SMIC.

Comme la « prime de pouvoir d'achat », ce double dispositif d'exonération de la « prime de partage de la valeur » se distingue des précédentes primes exceptionnelles de pouvoir d'achat en ce qu'il comprend des dispositions permanentes et qu'il triple le montant éligible aux exonérations, lequel passe de 1 000 à 3 000 euros par salarié et par an. Ce montant est porté de 2 000 à 6 000 euros dans les entreprises ayant mis en place un dispositif d'intéressement ou ayant passé, à titre facultatif, un accord de participation, ainsi que dans les associations, fondations et établissements et services d'aide par le travail.

Le Conseil d'Etat relève qu'en l'absence de toute dérogation à la règle de compensation intégrale par le budget de l'Etat prévue par l'article L. 131-7 du code de la sécurité sociale, ces mesures devront être compensées selon des modalités à prévoir par une prochaine loi de financement de la sécurité sociale ou loi de finances. Dès lors, il n'est pas porté atteinte au domaine réservé à la loi de financement de la sécurité sociale par la loi organique en ce qui concerne la création ou la modification de mesures non compensées aux régimes obligatoires de base.

En ce qui concerne le dispositif permanent de la prime de partage de la valeur :

8. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le projet de loi instaure, pour les personnes bénéficiaires de la prime de partage de la valeur, un régime permanent d'exonération de la prime des cotisations sociales et des diverses taxes à la charge de l'employeur.

9. En premier lieu, le Conseil d'Etat rappelle que le Conseil constitutionnel juge que « *aux termes de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution

NOR : ECOX2217989L

commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés » ; *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 ; que cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* » et que « *si le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte pour des motifs d'intérêt général des mesures d'incitation par l'octroi d'avantages fiscaux, c'est à la condition qu'il fonde son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose et que l'avantage fiscal consenti ne soit pas hors de proportion avec l'effet incitatif attendu* » (CC, décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007, cons. 2 et 3), ce contrôle de constitutionnalité s'appliquant tant aux prélèvements ayant le caractère d'impositions qu'à ceux qui constituent des cotisations sociales (CC, décision n° 2010-24 QPC du 6 août 2010, cons. 6).

Le projet prévoit que le versement de la prime peut être modulé entre les bénéficiaires en fonction de leur rémunération, de leur niveau de classification, de la durée de leur présence effective pendant l'année écoulée ou de la durée de travail prévue par leur contrat de travail. Eu égard aux montants des plafonds d'exonérations de cotisations sociales et des diverses taxes, qui sont sensiblement inférieurs à ceux résultant du versement d'une prime d'intéressement ou de participation, le Conseil d'Etat estime que ces critères, qui sont objectifs et rationnels, sont en rapport direct avec l'objet du régime permanent, qui est de modifier le partage de la valeur ajoutée des entreprises en faveur des salariés et que la prime n'est pas susceptible d'engendrer de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques.

10. En deuxième lieu, si le Conseil constitutionnel opère un contrôle particulier des mécanismes de réduction de cotisations sociales dues par les salariés au regard du principe d'égalité devant la loi, lorsque ces réductions ou exonérations laissent intact le droit à des prestations dont le niveau dépend des revenus d'activité (CC, décision n° 2014-698 DC du 6 août 2014, cons. 9 à 13 ; décision n° 2017-756 DC du 21 décembre 2017, paragr. 17), le Conseil d'Etat constate que les revenus additionnels issus de la prime n'entrent pas dans le calcul des prestations dont le niveau est assis sur les revenus d'activité. Cette prime ne méconnaît donc pas, sur ce point, le principe d'égalité devant la loi.

11. En troisième lieu, le Conseil d'Etat rappelle que le Préambule de la Constitution de 1946 dispose en son huitième alinéa que : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Il souligne que le projet de loi prévoit que, si la fixation du montant de la prime et ses modalités de répartition entre les bénéficiaires peuvent être déterminés par un accord d'entreprise ou de groupe, assurant par suite la participation des travailleurs, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la gestion de la politique salariale de l'entreprise, ces mêmes paramètres peuvent également être fixés par décision unilatérale de l'employeur.

Il considère que cette faculté laissée à l'employeur ne peut être regardée comme méconnaissant par elle-même le principe de participation. Il note toutefois que, lorsqu'il existe un comité social et économique (CSE), l'employeur qui fait le choix d'instaurer la prime par décision unilatérale n'est pas tenu de le « consulter » préalablement sur les modalités retenues, mais peut se borner à l' « informer », juste avant le versement de la prime. Le Conseil d'Etat estime qu'au regard du principe rappelé ci-dessus et pour un dispositif qui peut s'installer dans la durée et se révéler structurant dans la politique salariale de l'entreprise, il serait préférable de prévoir la consultation préalable du CSE plutôt que sa seule information.

NOR : ECOX2217989L

Le Conseil d'Etat appelle, d'autre part, l'attention du Gouvernement sur l'absence de lien opéré par ce texte d'effet permanent avec les dispositions d'ordre public relatives à l'obligation de négociation sur « *la rémunération, notamment les salaires effectifs* » qui figurent, pour les entreprises qu'il vise, à l'article L. 2242-1 du code du travail, ainsi qu'avec les dispositions de l'article L. 2242-4 du même code qui fait obstacle, sauf urgence, à la faculté de prendre dans ces matières des décisions unilatérales lorsque des négociations sont en cours. Il considère plus généralement que les modalités d'instauration d'une telle prime mériteraient d'être mieux articulées avec les dispositions relatives à la négociation obligatoire en entreprise. A cet égard, il regrette que, dans les entreprises au sein desquelles ont été reconnues des organisations syndicales représentatives et ont été élus des délégués syndicaux, compétents pour négocier en matière de « *rémunération et (...) de partage de la valeur ajoutée* » (article L. 2242-15 du code du travail), il soit possible de créer par voie de décision unilatérale un cadre permanent de distribution de la prime, sans qu'ait d'abord été tentée la voie négociée.

Le Conseil d'Etat rappelle que les dispositifs d'intéressement et de participation, prévus respectivement par les articles L. 3221-1 et L. 3312-1 du même code, permettent, pour des finalités identiques de restitution aux salariés de la valeur qu'ils ont contribué à créer, mais selon des processus et des critères différents, le versement de rémunérations exonérées de cotisations sociales ou de prélèvements fiscaux. Leur articulation avec un dispositif de prime qui serait mis en place à titre permanent par une entreprise mériterait d'être précisée.

12. Les développements qui précèdent conduisent cependant le Conseil d'Etat à estimer que, dans son cadre d'effet permanent, la « prime de partage de la valeur » ne méconnaît aucun principe constitutionnel.

En ce qui concerne le dispositif transitoire d'exonérations fiscales et sociales de la « prime de partage de la valeur » :

13. Ainsi qu'il a été dit au point 7, le projet de loi prévoit, pour une période transitoire courant jusqu'au 31 décembre 2024, que les versements de « prime de partage de la valeur » seront, en plus des exonérations applicables au titre du régime permanent, également exonérés de l'impôt sur le revenu, de la CSG et de la CRDS, lorsque le salarié bénéficiaire a une rémunération inférieure à trois fois le salaire minimum de croissance (SMIC).

La création d'un tel régime temporaire d'exonération totale de toute charge fiscale ou sociale – sous plafond de 3 000 ou 6 000 euros selon l'entreprise – pour les primes versées aux salariés dont le salaire est inférieur à trois fois le SMIC, s'explique par l'intention du Gouvernement d'ajouter à l'objectif général et permanent de partage de la valeur que vise la nouvelle prime, un objectif conjoncturel de protection, en période de vive reprise de l'inflation, du pouvoir d'achat des salariés.

14. En premier lieu, si les critères de modulation de la prime, qui ont été présentés au point 9 et qui s'appliquent aussi dans le cadre du dispositif transitoire d'exonérations fiscales, revêtent, comme on l'a dit, un caractère objectif et rationnel, le Conseil d'Etat observe que ni le sens dans lequel ils doivent jouer ni leur pondération ne sont précisés.

Il s'ensuit qu'à la différence d'exonérations qui visent uniformément certains niveaux de salaires ou certains types d'heures travaillées (CC, décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007 relative à la loi dite « TEPA », cons. 12 à 16), la liberté de choix laissée à l'employeur dans la répartition de la « prime de partage de la valeur » entre les salariés éligibles ne permet pas de

NOR : ECOX2217989L

garantir qu'elle contribuera effectivement à la protection du pouvoir d'achat et, en particulier, qu'elle bénéficiera substantiellement aux plus bas salaires. Or si les mesures ayant pour objectif la protection du pouvoir d'achat ne s'adressent pas exclusivement aux salariés ayant les revenus les plus modestes, elles doivent nécessairement les concerner.

Le Conseil d'Etat constate ainsi que le dispositif temporaire instauré par le projet de loi fait dépendre l'avantage fiscal qu'il établit de décisions unilatérales des employeurs, en se limitant à énoncer des critères sans encadrer leur mise en œuvre et que, par suite, il n'apporte pas de garantie suffisante à la réalisation de l'objectif poursuivi de protection du pouvoir d'achat. Il en résulte une première difficulté au regard du principe d'égalité devant les charges publiques.

15. En deuxième lieu, le Conseil d'Etat note que, compte tenu des plafonds applicables aux exonérations, les salariés ayant les plus bas salaires peuvent, s'ils sont – ainsi que le suggère l'objectif de protection de pouvoir d'achat – bénéficiaires de primes importantes, être exonérés de tout prélèvement sur une part substantielle de leur rémunération totale.

Il souligne l'attention qu'appelle une exonération fiscale et, en particulier, celle de l'impôt sur le revenu, lorsqu'elle atteint des niveaux importants. En l'espèce, l'exonération attachée à la « prime de partage de la valeur » ne tient compte ni des revenus du contribuable autres que ceux tirés d'une activité, ni des revenus des autres membres du foyer, ni des personnes à charge au sein de celui-ci. Deux salariés ayant la même rémunération totale et ayant perçu la même prime pourraient ainsi connaître des différences caractérisées d'avantage fiscal selon la structure de leur ménage ou leurs autres sources de revenus, sans que cette différence puisse être justifiée par l'objectif de protection du pouvoir d'achat poursuivi par la loi.

Le Conseil d'Etat estime, pour ce motif, que le dispositif transitoire soulève, entre salariés relevant ou non d'une même entreprise, une deuxième difficulté au regard du principe d'égalité devant les charges publiques.

16. En troisième lieu, le Conseil d'Etat note que le régime temporaire réserve, comme cela a été dit, le bénéfice des exonérations fiscales aux seules primes versées aux salariés dont la rémunération est inférieure à trois fois le SMIC. Il considère que l'introduction d'un tel seuil est cohérente avec l'objectif d'intérêt général de protection du pouvoir d'achat. Mais il rappelle que si le Conseil constitutionnel juge que « l'effet de seuil » créé de part et d'autre d'une valeur qui décide de l'octroi d'un certain avantage fiscal ou social ne constitue pas, en soi, une atteinte au principe d'égalité, c'est toutefois sous la réserve que celui-ci ne soit pas « disproportionné » (CC, décision n° 2017-758 DC du 28 décembre 2017 relative à la loi de finances pour 2018, paragr. 77).

Or, compte tenu des montants que peut atteindre l'exonération, l'effet de seuil créé par le dispositif transitoire, qui ne prévoit aucun « lissage » de cette exonération autour de la valeur de trois SMIC, peut se révéler important puisqu'à ces niveaux de rémunération, l'exonération sera de l'ordre de la moitié de la somme versée, soit jusqu'à 3 000 euros environ. L'effet de seuil pourra ainsi, en l'absence de dispositif de lissage, donner lieu à de sensibles inversions de la hiérarchie des rémunérations entre deux salariés qui, touchant la même prime, auraient des salaires de base placés de part et d'autre de ce seuil.

Dans ces conditions, le Conseil d'Etat estime que le seuil introduit par le texte soulève, compte tenu de l'absence de tout dispositif de lissage, même sommaire, une troisième difficulté au regard du principe d'égalité devant les charges publiques.

17. Le Conseil d'Etat considère toutefois qu'eu égard à l'intérêt général qui s'attache, en période de forte reprise de l'inflation, à la mise en place d'un dispositif de protection du pouvoir d'achat qui soit à la fois simple et rapide à mettre en œuvre par les entreprises, un tel dispositif peut, à titre exceptionnel et temporaire, être admis au regard du principe d'égalité devant les charges publiques. Il estime que ce caractère exceptionnel et temporaire suppose néanmoins une application strictement limitée dans le temps et que cette condition n'est pas vérifiée par le projet de loi qui prévoit l'expiration de ce régime le 31 décembre 2024. Il suggère par conséquent de fixer le terme de l'application de ce régime à une date située au plus tard au 31 décembre 2023.

Par ailleurs, l'absence d'encadrement des différents critères de la prime appelle un suivi des conditions effectives de sa distribution au cours de la période temporaire qui permette de s'assurer de sa contribution effective à la protection du pouvoir d'achat des salariés aux revenus modestes. Le Conseil d'Etat propose que ce suivi fasse l'objet d'un rapport d'évaluation remis au Parlement aux fins notamment de s'assurer que le principe, prévu par le projet de loi, selon lequel le versement de la prime « *ne peut se substituer à des augmentations de rémunération* », est bien respecté.

Baisse de cotisations sociales des travailleurs indépendants

18. Le projet de loi prévoit d'accroître les exonérations de cotisations d'assurance maladie dont bénéficie l'ensemble des travailleurs indépendants.

19. Le Conseil d'Etat estime qu'en raison du caractère transversal de ces exonérations et du fait qu'elles sont susceptibles de conduire à un très large effacement des cotisations sociales sur lesquelles elles portent, il y a lieu de prévoir, dans le respect des exigences qui découlent de l'article 34 de la Constitution, qu'à l'instar de ce qui prévaut pour les allègements généraux dont bénéficient les employeurs du secteur privé, le montant de revenus jusqu'auquel ce dispositif s'applique et le taux minoré de cotisations auquel il peut aboutir soient fixés dans la loi.

S'agissant de ce dernier élément, le Conseil d'Etat estime, à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-756 DC du 21 décembre 2017, qu'il peut être prévu, comme le retient le projet du Gouvernement, une exonération totale de cotisations d'assurance maladie pour les travailleurs indépendants dont les revenus sont les plus faibles, lorsque ces cotisations ne financent pas de prestations en espèces, dont les conditions d'ouverture et les montants dépendent de l'assiette de telles cotisations. Le Conseil d'Etat relève en outre que les limites mentionnées dans cet article permettent d'assurer que les différences des taux des cotisations effectivement acquittées, à revenu identique, au titre de l'assurance maladie, par les différents travailleurs indépendants seront en rapport avec le coût que peut avoir pour les régimes de sécurité sociale le versement des prestations en espèces dont les uns bénéficient et les autres non et, en particulier, que les travailleurs indépendants dont la couverture intègre le versement de prestations d'assurance maladie en espèces continueront d'acquitter dans tous les cas des cotisations dont l'importance est en rapport avec le coût de ces prestations.

Le Conseil d'Etat estime ainsi que cet article ne se heurte à aucun obstacle juridique.

Dispositions visant à favoriser l'intéressement

NOR : ECOX2217989L

20. Le projet de loi modifie le cadre juridique régissant l'intéressement et ses modalités de contrôle. En premier lieu, il étend à l'ensemble des entreprises de moins de 50 salariés la possibilité de mettre en place, comme c'est le cas actuellement dans les entreprises de moins de 11 salariés, un dispositif d'intéressement par décision unilatérale de l'employeur. Pour celles qui disposent d'un membre élu au conseil social et économique ou d'un délégué syndical, cette faculté ne sera toutefois ouverte qu'en cas d'échec de la négociation. En deuxième lieu, il allonge la durée maximale des accords d'intéressement de 3 à 5 ans afin de permettre de mieux prendre en compte les objectifs pluriannuels de l'entreprise. Enfin, le projet de loi simplifie les modalités de contrôle des accords d'intéressement en prévoyant, d'une part, la possibilité d'utiliser un service dématérialisé permettant de sécuriser le bénéfice des exonérations de cotisations sociales dès le dépôt de l'accord auprès des services de l'Etat et, d'autre part, de supprimer le contrôle de l'accord qui était opéré par ces services avant le contrôle par les organismes de recouvrement des cotisations sociales.

21. Le Conseil d'Etat rappelle qu'en vertu de l'article L. 1 du code du travail « *Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation* ». En l'espèce, le Conseil d'Etat relève que, d'une part, les dispositions présentées au point 20 concernent à titre principal les modalités de mise en place des accords au sein des entreprises de moins de 50 salariés. Il note, d'autre part, que la Cour de cassation juge que « *les conditions de validité d'un accord collectif sont d'ordre public* » (Cass., soc., 4 février 2014, 12-35.333) et constate par conséquent que les principales dispositions du présent projet de loi n'entrent pas dans le champ des matières ouvertes à la négociation collective. Le Conseil d'Etat en déduit que l'article L. 1 du code du travail n'est dès lors pas applicable à cette disposition.

22. Le Conseil d'Etat rappelle que le Conseil constitutionnel juge d'une part 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* » et d'autre part, pour l'application du principe de participation garanti par les dispositions du 8^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, « *qu'il incombe au législateur de déterminer, dans le respect [du principe de participation] et de la liberté syndicale, les conditions et garanties de sa mise en œuvre et, en particulier, les modalités selon lesquelles la représentation des travailleurs est assurée dans l'entreprise* » (CC, décision n° 2015-519 QPC du 3 février 2016, cons. 11).

Ainsi qu'il a été dit au point 20, le Conseil d'Etat constate que le projet de loi prévoit que les entreprises de moins de cinquante salariés peuvent mettre en place, par décision unilatérale, un régime d'intéressement, sans avoir à engager des négociations préalables lorsque l'entreprise est dépourvue d'un comité social et économique (CSE) ou d'un délégué syndical. Toutefois, le Conseil d'Etat rappelle que l'installation d'un tel comité est, en vertu de l'article L. 2311-2 du code du travail, obligatoire dans les entreprises d'au moins 11 salariés et que son absence de mise en place peut, si elle résulte d'une carence de l'employeur, constituer un délit d'entrave aux termes de l'article L. 2317-1 du même code. Le Conseil d'Etat considère ainsi que, si la différence de situation entre les entreprises de 11 à 50 salariés qui ont un CSE et celles qui n'en ont pas peut, en principe, justifier la différence de traitement consistant à ce que les premières se voient soumises à une procédure différente pour mettre en place un régime d'intéressement,

NOR : ECOX2217989L

il n'en va pas ainsi dans le cas particulier où cette différence de situation est imputable à une carence de l'employeur. Dans ce dernier cas en effet, la loi, en permettant à un employeur ayant fait entrave à l'installation du CSE prévue par la loi de fonder un pouvoir unilatéral sur cette même absence, instaurerait, à l'égard des salariés de l'entreprise, une différence de traitement dans l'application du principe de participation qui ne pourrait être regardée comme légalement en rapport avec la différence de situation constituée par l'absence de CSE.

Pour ce motif, le Conseil d'Etat estime nécessaire de modifier la rédaction donnée à l'article L. 3312-2 du même code par le projet de loi afin de rappeler que seules les entreprises qui satisfont à leurs obligations en matière de représentation du personnel, c'est-à-dire pour celles qui n'auraient pas de CSE qui ont dressé le procès-verbal de carence prévu à l'article L. 2314-9 du même code, peuvent mettre en place un régime d'intéressement par décision unilatérale.

Dispositions visant à inciter les branches à négocier sur les salaires

23. L'article 5 du projet de loi a pour objet de préciser l'un des critères de restructuration des branches actuellement prévus par l'article L. 2261-32 du code du travail. Il fait de la difficulté, pour une branche, de conclure des accords garantissant que les minima conventionnels suivent l'évolution du SMIC, un indice particulier du critère de « *faiblesse du nombre d'accords signés* » déjà prévu par le 2° du I de cet article.

Ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019, « *en matière de négociation collective, la liberté contractuelle découle des sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 4 de la Déclaration de 1789. Il est loisible au législateur d'y apporter des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.* »

Le Conseil d'Etat note que, par cette même décision, le critère de la faiblesse du nombre d'accords signés au sein d'une branche mentionné au 2° du I de l'article L. 2261-32 du code du travail a été déclaré conforme à la Constitution, notamment en ce que, en cohérence avec l'objectif d'intérêt général de renforcement du dialogue social poursuivi par les processus de fusion de branches, il ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle des partenaires de la négociation collective. Il note qu'en donnant une place particulière, dans l'appréciation qui doit être portée par le ministre du travail sur le nombre d'accords signés, à ceux de ces accords qui ont pour objet de garantir des minima conventionnels au moins égaux au SMIC, la disposition du projet de loi identifie un objet de la négociation collective que le législateur a déjà établi, au 4° du II de l'article L. 2261-22 du code du travail, pour l'extension d'une convention de branche et qui fait l'objet, en vertu de l'article L. 2241-10 du même code, d'une obligation légale d'engager des négociations au sein de la branche lorsque le salaire minimal de branche est inférieur au SMIC.

Enfin, si cette disposition introduit un critère d'examen du nombre des accords qui fait intervenir la portée de ceux-ci, elle en limite l'application à ceux des accords qui assurent le respect d'une mesure d'ordre public social qui découle, pour l'employeur, de l'article L. 3232-1 du code du travail.

Dans ces conditions, l'attention particulière que le ministre est invité à porter, dans son appréciation globale du nombre d'accords signés au sein de la branche, sur cette catégorie particulière d'accords, doit être regardée comme étant en lien direct avec l'objectif d'intérêt

NOR : ECOX2217989L

général de renforcement du dialogue social poursuivi par la procédure de fusion de branches, et comme ne portant pas d'atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle.

Enfin, le Conseil d'Etat considère que cette nouvelle disposition, qui complète, en les précisant, les dispositions législatives du 2° de l'article L. 2261-32 du code du travail et qui constitue avec les autres dispositions mentionnées ci-dessus, de caractère législatif, des articles L. 2261-22 et L. 2241-10 du même code, un ensemble cohérent visant à soutenir spécifiquement la négociation collective relative aux bas salaires, relève, en application de l'article 34 de la Constitution du domaine de la loi.

Mesures relatives à la protection du consommateur

24. Le projet de loi prévoit de faciliter aux consommateurs la résiliation des contrats conclus par voie électronique. Le Conseil d'Etat observe que l'application de ces mesures aux contrats en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi ne porte pas, eu égard à leur objectif de protection des consommateurs, une atteinte disproportionnée ni à la liberté contractuelle, ni au droit au respect des biens garanti par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le projet prévoit également de durcir les peines applicables en matière de pratiques commerciales trompeuses et de pratiques commerciales agressives, en prévoyant la création d'une circonstance aggravante lorsque ces pratiques ont été suivies de la conclusion d'un ou de plusieurs contrats ou lorsqu'elles ont été commises en bande organisée. Ces mesures ne soulèvent pas de difficulté juridique.

25. Le projet autorise, par ailleurs, le Gouvernement à prendre par ordonnance, dans un délai de six mois à compter de la publication de la loi, les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour modifier certaines procédures d'enquête ou de police administrative, faciliter les échanges d'information avec les officiers de police judiciaire, ou encore permettre aux agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de communiquer sur certaines enquêtes en cours. La rédaction de cet article d'habilitation, qui précise la finalité des mesures que le Gouvernement se propose de prendre et les domaines d'intervention de l'ordonnance à intervenir, répond aux exigences constitutionnelles.

Souveraineté énergétique

26. Le titre III regroupe un important ensemble de mesures destinées, à titre principal, à sécuriser l'approvisionnement en gaz naturel et en électricité dans le contexte d'urgence créée par l'interruption des livraisons de gaz russe annoncée le 17 juin dernier.

Les neuf articles correspondants sont répartis dans trois chapitres.

27. Le premier de ces chapitres est consacré à la sécurité d'approvisionnement en gaz naturel. Le deuxième a le même objet pour l'électricité. Le dernier regroupe des mesures relatives à l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH).

28. Les mesures figurant dans le chapitre I^{er} sont toutes des mesures dont l'entrée en vigueur est urgente, certaines d'entre elles devant même s'appliquer dès l'automne prochain, comme la fixation d'une trajectoire de remplissage des installations de stockage de gaz. Elles ont, en outre,

NOR : ECOX2217989L

pour caractéristique commune de conférer soit au ministre chargé de l'énergie, soit au Premier ministre des prérogatives inédites dans le domaine de l'énergie.

Ainsi en va-t-il de la disposition permettant au ministre de fixer une trajectoire annuelle de remplissage des infrastructures de stockage de gaz, dites « essentielles », mentionnées à l'article L. 421-3-1 du code de l'énergie, et l'autorisant, lorsque les objectifs de remplissage ainsi fixés risquent de ne pas être atteints, d'ordonner aux opérateurs de ces infrastructures de procéder à des stockages de sécurité, en recourant, le cas échéant, à la part non encore utilisée des capacités de stockage réservées par des fournisseurs. Il en va de même de la disposition étendant aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz la possibilité, déjà offerte aux gestionnaires de réseaux de transport de gaz naturel, de conclure avec des clients raccordés à leur réseau des contrats permettant d'interrompre, en urgence, leur alimentation en gaz, cette sujétion trouvant sa contrepartie dans un rabais tarifaire. De même, une mesure confère au ministre le droit de restreindre ou de suspendre le fonctionnement de certaines installations de production d'électricité fonctionnant au gaz, en cas de menace sur la sécurité d'approvisionnement en gaz, et, en cas de menace portant simultanément sur l'approvisionnement en électricité et en gaz, de réquisitionner les services chargés de l'exploitation de ces centrales afin d'en confier la direction et le contrôle à un gestionnaire de réseau, mieux à même d'assurer l'équilibre des deux catégories de réseaux menacés.

29. Chacune de ces dispositions porte atteinte, à des degrés variables, à des droits ou libertés garantis par la Constitution, en particulier à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ou au droit de propriété, protégé par son article 2.

30. Le Conseil d'Etat regarde chacune des atteintes portées à des droits ou à des libertés, qui ne sont pas absolus, comme justifiées par l'intérêt général impérieux qui s'attache à la sécurisation de l'approvisionnement des consommateurs en gaz naturel. Cette sécurisation implique, désormais, non seulement de prévenir les difficultés d'approvisionnement mais, en outre, d'être en mesure de remédier, en urgence, aux tensions très graves qui peuvent fragiliser les réseaux en période hivernale de forte demande. Ces mesures lui paraissent également proportionnées à l'objectif poursuivi. En particulier, les pouvoirs de réquisition des services responsables de l'exploitation de certaines installations fonctionnant au gaz sont précisément encadrés, limités dans le temps et strictement proportionnés à la gravité de la menace pesant sur les réseaux.

31. Le Conseil d'Etat appelle, toutefois, l'attention du Gouvernement sur la nécessité, alors même que la situation résultant de l'arrêt des importations de gaz russe justifie particulièrement cette mesure, de déterminer avec soin le montant du rabais tarifaire consenti aux clients acceptant d'intégrer le mécanisme d'interruption de leur alimentation en gaz décrit au point 17, afin que ce soutien tarifaire soit proportionné à la contribution effective des clients à l'équilibre du réseau.

32. Le projet de loi prévoit également l'ensemble des mesures nécessaires à la mise en service, envisagée pour l'hiver 2023-2024, d'un terminal méthanier flottant, indispensable pour assurer, avant injection dans les réseaux, le traitement du gaz naturel à l'état liquide que la France devra importer, les quatre terminaux méthaniers terrestres dont elle dispose ayant déjà atteint le maximum de leurs capacités.

Le Conseil d'Etat estime plus clair de distinguer, par deux articles, le régime administratif spécial auquel sera soumise cette nouvelle catégorie d'équipements, d'une part, et le régime

NOR : ECOX2217989L

procédural dérogatoire dont bénéficieront les travaux d'aménagement portuaires et de raccordement du futur terminal du port du Havre, d'autre part.

Un terminal méthanier flottant étant constitué d'un navire, doté des équipements industriels nécessaires pour la regazéification du gaz naturel à l'état liquide, amarré dans un port où il est raccordé, par une canalisation, aux réseaux de gaz naturel terrestres, le régime des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE), auquel sont soumis les terminaux méthaniers terrestres, ne lui est pas applicable. Il demeure, en tant que navire, assujéti aux règles et aux contrôles de sécurité auxquels est soumise, en vertu du droit international maritime, la catégorie de navires à laquelle il appartient. Il est, en outre, soumis, pour ses activités dans l'enceinte portuaire, au règlement de police portuaire et à des prescriptions prises par le préfet sur proposition de l'autorité portuaire. Cet encadrement paraît au Conseil d'Etat de nature à garantir un degré d'exigence suffisant en matière de protection de la santé, de la sécurité et de la salubrité publiques ainsi qu'en matière de protection de l'environnement.

33. Un régime procédural dérogatoire accompagne cet encadrement administratif. S'il est possible d'admettre que le projet de loi soumette à un régime administratif *ad hoc* et non codifié une catégorie d'équipements nouvelle, en revanche, ce régime procédural dérogatoire ne peut, sauf à méconnaître le droit de l'Union européenne, qui n'admet des dérogations aux procédures qu'il impose dans l'instruction des projets qu'à titre exceptionnel et pour des projets définis, comporter des dispositions générales susceptibles de s'appliquer à des projets non identifiés. Ce n'est qu'au vu de la saisine rectificative qui lui a été transmise le 30 juin et qui précise que ces dérogations s'appliquent à un seul projet bien identifié, celui du port du Havre, que le Conseil d'Etat considère que l'article peut être maintenu dans le texte du Gouvernement.

Ces dérogations trouvent dans l'urgence s'attachant à la mise en service de cet équipement particulier un intérêt général suffisant pour les justifier.

34. Le Conseil d'Etat admet, en particulier, qu'il puisse être dérogé à la procédure d'évaluation environnementale prévue à l'article L. 122-1 du code de l'environnement. Le projet du Gouvernement opère, à cet effet, une transposition ponctuelle du paragraphe 4 de l'article 2 de 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. La circonstance que cette disposition de la directive, qui ouvre une faculté aux Etats membres, n'ait pas été transposée, en droit interne, par des dispositions générales introduites dans le code de l'environnement, ne fait pas obstacle à ce que des dispositions particulières, destinées à ne régir qu'un seul projet, opèrent une telle transposition, qui demeure nécessaire.

35. Le Conseil d'Etat propose d'apporter quelques adaptations au champ de certaines dérogations, en matière, notamment, de participation du public et de consultation des communes, qu'une bonne gestion des procédures permet de mettre en œuvre sans compromettre l'échéancier du projet.

36. Il suggère également d'apporter à diverses dispositions du projet les amendements nécessaires pour que soit clairement délimitée la portée de dérogations qui, en ne mentionnant que des dispositions législatives, s'abstiennent de définir les règles des procédures, de niveau réglementaire, qui devront ou non être suivies. S'il n'appartient pas à la loi d'empiéter sur le règlement, dans le cas où le législateur entend déroger à une procédure dont le détail est fixé par des dispositions réglementaires, il doit préciser les garanties, ou les règles procédurales générales dont il entend lever ou, au contraire, maintenir l'application.

37. Le chapitre II comporte, tout d'abord, deux dispositions relatives aux centrales électriques à charbon, mentionnées au II de l'article L. 311-5-3 du code de l'énergie. Ces dispositions apportent respectivement au code de l'énergie et à l'ordonnance n° 2020-921 du 29 juillet 2020 portant diverses mesures d'accompagnement des salariés dans le cadre de la fermeture des centrales à charbon les adaptations nécessaires pour permettre, à titre temporaire, la reprise d'activité de la tranche de 600 MW de la centrale de Saint-Avold, arrêtée à la fin du mois de mars 2022, et l'augmentation de puissance des deux tranches de 600 MW chacune de la centrale de Cordemais, encore en fonctionnement.

Reprise d'activité des centrales à charbon [

38. Afin de permettre la reprise temporaire d'activité des centrales à charbon pour faire face aux difficultés conjoncturelles d'approvisionnement en énergie, le projet de loi insère, dans l'ordonnance du 29 juillet 2020 mentionnée précédemment, plusieurs dérogations aux dispositions du code du travail relatives à l'embauche de salariés en contrat à durée déterminée (CDD) ou en contrat de mission.

39. Le Conseil d'Etat estime que ce régime dérogatoire est justifié par un motif d'intérêt général tiré de la situation spécifique des centrales à charbon qui, alors qu'elles ont dû récemment interrompre leur activité, sont incitées à la relancer temporairement en vue de garantir l'indépendance énergétique de la France.

Il note en outre que, tel qu'il résulte de la rédaction qu'il retient, les deux principales dérogations apportées par ce texte au droit commun des CDD et des contrats de mission, à savoir leurs conditions de passation (fixées normalement par les articles L. 1242-2, L. 1242-3, L. 1251-6, et L. 1251-7 du code du travail) et leur durée maximale de dix-huit mois (fixée par les articles L. 1242-8-1, L. 1244-4-1, L. 1251-12-1 et L. 1251-37-1 du même code), sont réservées aux anciens salariés de ces centrales, qui bénéficient actuellement des dispositions spécifiques prévues par l'ordonnance du 29 juillet 2020 mentionnée précédemment et qui se trouvent ainsi dans une situation de nature à justifier la différence de traitement prévue par ce texte. Celle-ci leur est au demeurant favorable, puisqu'ils bénéficient d'une suspension de leur congé de reclassement, ou, lorsqu'il a débuté, de leur congé d'accompagnement spécifique.

Il relève enfin que, s'agissant des dispositions applicables à tous les salariés qui seront recrutés, les deux dérogations portant, d'une part, sur l'interdiction de recruter sur un poste précédemment occupé par un salarié licencié pour motif économique au cours des six mois qui suivent le licenciement (articles L. 1242-5 et L. 1251-9 du code du travail) et, d'autre part, sur les dispositions des articles L. 1244-4-1 et L. 1251-37-1 du même code fixant un délai de carence entre contrats successifs, offrent une liberté particulière d'embauche pour l'employeur mais ne sont pas susceptibles de caractériser une inégalité de traitement affectant les salariés eux-mêmes.

Dans ces conditions, le Conseil d'Etat estime que ce dispositif dérogatoire temporaire ne soulève aucune objection de constitutionnalité et, en particulier, ne porte pas atteinte au principe d'égalité.

40. Ces dispositions sociales sont complétées par une disposition imposant aux exploitants des centrales électriques à charbon, en cas de rehaussement de leur plafond d'émission de gaz à effet de serre justifié par une menace sur la sécurité d'approvisionnement en électricité, de

NOR : ECOX2217989L

compenser les émissions correspondant à ce rehaussement, en sus des obligations découlant pour l'exploitant du système européen d'échange de quotas. Le Conseil d'Etat estime que cette mesure de compensation est nécessaire pour sécuriser sur le plan juridique la remobilisation des centrales à charbon, qui sera décidée par le Gouvernement au travers de la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE). Le charbon est, en effet, le combustible qui émet le plus de gaz à effet de serre et toute inflexion de la courbe des émissions de ces gaz incompatible avec la trajectoire de réduction définie par le décret du 21 avril 2020 pour atteindre les objectifs de réduction fixés par l'article L. 100-4 du code de l'énergie et par l'annexe I du règlement (UE) 2018/842 du 30 mai 2018 serait susceptible de tomber sous le coup de la jurisprudence du Conseil d'Etat *Commune de Grande Synthe* du 19 novembre 2020 et du 1^{er} juillet 2021. Il appartiendra au Gouvernement de calibrer cette compensation de manière à se conformer à ces décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux.

41. Le chapitre III comporte des dispositions assurant la mise en œuvre de diverses recommandations de la Commission de régulation de l'énergie destinées à améliorer le fonctionnement du mécanisme d'attribution de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH) aux fournisseurs d'électricité concurrents des filiales de fourniture d'EDF, qui n'appellent pas d'observations particulières de la part du Conseil d'Etat.

42. Il contient également une validation législative du décret n° 2022-342 du 11 mars 2022 définissant les modalités spécifiques d'attribution d'un volume additionnel d'électricité pouvant être alloué en 2022, à titre exceptionnel, dans le cadre de l'ARENH. Ce décret a été contesté devant le Conseil d'Etat. Une première série de demandes en référé tendant à sa suspension a été rejetée par une ordonnance des juges des référés du Conseil d'Etat, le 5 mai 2022. Le jugement des requêtes à fin d'annulation est toujours pendant.

43. Dans un contexte de hausse inédite des prix des marchés de gros de l'électricité, le pouvoir réglementaire a entendu, par ce décret, éviter la situation où les fournisseurs, faute d'accéder au volume d'électricité nucléaire nécessaire pour fournir leurs clients, seraient contraints d'acquérir, sur les marchés, une électricité beaucoup à des prix plus élevés entraînant ainsi un renchérissement des prix pour le consommateur final. Le décret du 11 mars 2022 organise, en effet, les modalités d'attribution d'un volume supplémentaire de 20 TWh d'électricité nucléaire, limité au début de l'année 2022, période où l'écèlement des demandes d'ARENH des fournisseurs avait été particulièrement important.

Pour s'assurer de la disponibilité immédiate d'un volume d'électricité aussi important et limiter les risques de perturbation des marchés, d'une part, et pour éviter qu'EDF ne soit contrainte de se tourner intégralement vers les marchés de gros pour l'acheter à des prix excessifs, d'autre part, l'article 5 du décret contesté prévoit un dispositif imposant aux fournisseurs souhaitant bénéficier d'un nouveau volume d'ARENH au titre de cette attribution exceptionnelle, de céder des volumes d'électricité de même hauteur à EDF à un prix représentatif du prix auquel ils les ont eux-mêmes achetés à terme sur les marchés pour garantir leur capacité de fourniture. Ce prix était fixé à 256, 98 euros le KWh. Un arrêté du même jour a fixé le prix d'un KWh d'ARENH à 46, 2 euros. Ce décret vient compléter un train de mesures, fiscales et tarifaires, précédemment mises en œuvre par le Gouvernement pour protéger les consommateurs de hausses brutales des factures d'électricité.

En validant l'ensemble du décret du 11 mars 2022, le projet de loi entend mettre un terme aux litiges engagés à l'encontre de cette attribution exceptionnelle ou prévenir ceux qui sont susceptibles de l'être.

En ce qui concerne le respect des exigences constitutionnelles :

44. Le Conseil d'Etat rappelle qu'en vertu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition que cette modification ou cette validation respecte tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions et que l'atteinte aux droits des personnes résultant de cette modification ou de cette validation soit justifiée par un motif impérieux d'intérêt général. En outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le motif impérieux d'intérêt général soit lui-même de valeur constitutionnelle. Enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie (CC, décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2014, cons. 3).

45. La mesure de validation qui lui est soumise remplit les deux premières conditions puisque le projet de loi réserve, expressément, les décisions de justice passées en force de chose jugée et que le décret qu'il entend protéger n'a pas trait à la matière pénale.

46. Le Conseil d'Etat retient que l'objectif poursuivi par le décret contesté, pris dans son ensemble, consiste à stabiliser les prix de fourniture de l'électricité afin de protéger l'ensemble des consommateurs d'une répercussion en cascade des hausses des marchés sur leurs factures, à un moment où l'ARENH ne jouait plus son rôle stabilisateur. Il tend ainsi à la satisfaction d'un besoin social fondamental d'accès à une énergie à un prix raisonnable.

47. Il constate, au vu des éléments qui lui sont présentés, que l'évaluation des conséquences d'une annulation du décret contesté, d'une part, diffèrent selon la date où cette décision interviendra et, d'autre part, sont difficiles à chiffrer. En effet, si la décision d'annulation était rendue avant la fin de la période de livraison de l'électricité, son exécution conduirait, pour les mois restants, à interrompre les achats d'électricité effectués par EDF dans les conditions rappelées au point 32. Si les livraisons des 20 TWh d'ARENH supplémentaires se poursuivaient, hypothèse correspondant au cas où seules seraient annulées les conditions de ce rachat, EDF serait contrainte de racheter les volumes correspondants sur les marchés à un prix très supérieur à celui prévu par l'article 5 du décret contesté, et impossible à prévoir précisément compte tenu de la volatilité actuelle des marchés. Pour les mois déjà écoulés, les cessions d'électricité déjà faites sur la période seraient irréversibles. Le prix auquel auraient dû ou pu avoir lieu ces échanges entre les fournisseurs et EDF, en l'absence du décret, serait difficile à reconstituer, chaque fournisseur ayant sa propre stratégie sur les marchés et les quantités échangées étant influencées par les conditions du marché. Une décision d'annulation intervenant après la période de livraison soulèverait les mêmes difficultés de reconstitution mais, cette fois, pour l'intégralité des volumes d'ARENH concernés.

Une annulation du fondement de ce dispositif conduirait ainsi à d'importantes perturbations, susceptibles d'entraîner des hausses sur l'ensemble des marchés, à un moment où ils sont particulièrement volatils, ou encore de fragiliser les fournisseurs, à un moment où ils supportent les surcoûts liés à l'augmentation générale des prix. Toute restitution, d'une manière ou d'une autre, à EDF des montants perçus par les fournisseurs les contraindrait à répercuter, à l'avenir, cette charge sur les factures de leurs clients, à un moment où, par ailleurs, devrait commencer le rattrapage tarifaire du gel des tarifs mis en œuvre en 2022. Une telle situation exposerait également les consommateurs à de nouvelles hausses importantes du prix de l'électricité.

NOR : ECOX2217989L

48. Le Conseil d'Etat estime que, eu égard aux perturbations que pourrait entraîner l'annulation du décret sur le marché de l'électricité, aux répercussions qu'elle pourrait avoir sur la situation des consommateurs, notamment les ménages, et à la crise exceptionnelle de l'énergie que connaît la France, l'atteinte portée par la mesure de validation à la garantie des droits est justifiée par un motif impérieux d'intérêt général.

49. Les autres conditions posées par la jurisprudence constitutionnelle sont également satisfaites.

En ce qui concerne le respect des exigences qui résultent de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen :

50. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme retient que l'article 6 de cette convention s'oppose à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'une procédure pendante à laquelle les pouvoirs publics sont partie, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général (CEDH, arrêt *Zielinski c. France* du 28 octobre 1999, n°s 24846/94 et 34165/96 à 34173/9 ; arrêt *Lilly France c/France* du 25 novembre 2010, n° 20429-07).

Toutefois, eu égard aux conséquences analysées ci-dessus et prenant en compte le fait que l'ingérence du législateur dans une procédure en cours résultant de cette mesure de validation est ici limitée et ne rend pas vaine la continuation des litiges en cours, le Conseil d'Etat estime possible de regarder l'atteinte portée, par cette mesure de validation, aux droits découlant de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen comme justifiée par un motif impérieux d'intérêt général.

51. Le Conseil d'Etat retient, par suite, que la mesure de validation qui lui est soumise n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles et conventionnelles.

Dispositions diverses

52. Le projet de loi est complété par un titre IV comprenant un article isolé modifiant un mécanisme d'indexation du prix des contrats de transport de marchandises sur le coût des carburants, qui n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

NOR : ECOX2217989L

Cet avis été délibéré et adopté par le Conseil d'Etat dans ses séances du jeudi 30 juin et lundi 4 juillet 2022.