

De la possibilité d'une contribution carbone : entre censure constitutionnelle, contraintes communautaires et concurrence internationale.

L'abandon de la « taxe carbone » a été annoncé par François FILLON le 23 mars dernier, lors d'une réunion avec des députés de la majorité à l'Assemblée nationale. Le Premier ministre a alors souligné qu'une telle contribution devait être instituée au niveau européen. Le lendemain, Nicolas SARKOZY a confirmé ce choix en adoptant une position plus ambiguë. Le Chef de l'Etat a subordonné « la création d'une contribution carbone intérieure à une taxe aux frontières qui protégera notre agriculture et nos industries contre la concurrence déloyale de ceux qui continuent à polluer sans vergogne » et a lancé « un appel à une prise de responsabilité générale pour que l'Europe admette le principe de la protection de ses entreprises et de ses emplois contre les concurrences déloyales ». Plus ou moins clairement, l'exécutif considère qu'une contribution carbone ne peut pas être instituée au niveau national et que seule l'Union européenne est en capacité d'agir. Son propos tend à déresponsabiliser les décideurs nationaux et à mettre à la charge des organes de l'Union européenne l'institution d'une contribution carbone. Cette rhétorique est trop familière du discours politique français portant sur l'Union européenne pour étonner. Toutefois, à propos de la contribution carbone, cette position fait écho à des difficultés d'ordre juridique indiscutables. La décision du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*<sup>1</sup>, dans laquelle le Conseil constitutionnel censure le dispositif établissant une contribution carbone, cristallise les difficultés auxquelles est confronté aujourd'hui le législateur français dans la mise en place d'une telle contribution.

Dans la loi de finances pour 2010, la création d'une contribution carbone, complétée d'ailleurs par d'autres dispositions fiscales favorables à l'environnement, s'inscrit dans le prolongement du Grenelle de l'environnement. La loi n° 2009-967 du 3 août 2009 *de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement* avait prévu en particulier dans son article 2 que « l'Etat étudiera la création d'une contribution dite « climat-énergie » en vue d'encourager les comportements sobres en carbone et en énergie » dans la mesure où il s'est engagé « à diviser par quatre ses émissions de gaz à effet de serre entre 1990 et 2050 en réduisant de 3 % par an, en moyenne, les rejets de gaz à effet de serre dans l'atmosphère, afin de ramener à cette échéance ses émissions annuelles de gaz à effet de serre à un niveau inférieur à 140 millions de tonnes équivalent de dioxyde de carbone ».

Le contexte particulier de crise économique a imposé au gouvernement de réduire l'impact de ce qui sera finalement baptisé « contribution carbone » en prévoyant des « exonérations propres à préserver la compétitivité de l'économie et de(s) compensations pour garantir le pouvoir d'achat des ménages »<sup>2</sup>. Avec cette contribution, il s'agit non seulement de sanctionner des comportements de pollution, mais également d'inciter à des comportements vertueux en

---

<sup>1</sup> C.C., n° 2009-599 DC, 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, JORF, 31 décembre 2009, p. 22995.

<sup>2</sup> Rapport Assemblée nationale n° 1967, 14 octobre 2009, G. CARREZ, Tome I, p. 38.

envoyant un signal-prix clair. En outre, « l'objectif poursuivi par cette taxe est de rapprocher progressivement le coût payé par les ménages et entreprises du coût supporté par la société du fait des » émissions de gaz à effet de serre<sup>3</sup>. La fiscalité environnementale vise à « intégrer le coût des dommages dans le prix du service ou du bien à l'origine du risque ou de la pollution »<sup>4</sup>. Elle s'éloigne d'ailleurs de la notion de « contribution commune », telle qu'elle est consacrée au niveau constitutionnel par l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et repose plutôt sur certains principes contenus dans la Charte de l'environnement<sup>5</sup>. Dans un contexte économique délicat, la contribution s'inscrit dans un équilibre fragile entre la volonté de développer une fiscalité environnementale et le souci de ne pas en faire un instrument pénalisant pour les entreprises et les ménages.

La nouvelle imposition avait pour assiette la consommation de produits générant des gaz à effet de serre, c'est-à-dire les combustibles fossiles (gaz naturel, charbon, fioul domestique, fioul lourd notamment) et les carburants (essence, supercarburant et gazole)<sup>6</sup>. Le prix de la tonne de carbone était fixé à 17 euros<sup>7</sup>. Le rendement de la taxe était évalué à 4,5 milliards d'euros. Pour ne pas pénaliser le pouvoir d'achat des ménages, une compensation intégrale de la taxe était prévue sous forme de crédit d'impôt sur le revenu. La « compétitivité » des entreprises, comme la volonté de protéger les « secteurs fragiles », ont conduit à la fixation de taux réduits ou à d'importantes exonérations pour les entreprises<sup>8</sup>. Par exemple, les activités agricoles et de pêche étaient taxées à 25 %, le transport routier de marchandise et le transport maritime à 65 %. Deux catégories d'entreprises étaient ensuite exonérées au nom du droit de l'Union européenne : les entreprises qui sont écartées du champ des accises énergétiques par la directive 2003/96/CE du 27 octobre 2003 *restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité*, en application de son article 2 § 4, et les entreprises qui sont soumises au système de quotas d'émission mis en place au niveau du droit de l'Union par la célèbre<sup>9</sup> directive 2003/87/CE du 13 octobre 2003, *établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté*, dont les activités sont fixées par l'annexe I. Pour ces dernières entreprises, de manière claire, l'objectif

---

<sup>3</sup> *Loc. cit.*, p. 40.

<sup>4</sup> W. MASTOR, « La contribution carbone à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2009 : chronique d'une mort – et d'une renaissance ? – annoncées », *A.J.D.A.*, 2010, p. 277.

<sup>5</sup> Voir pour une telle analyse la fin du commentaire d'A. BARILARI, « La contribution carbone et le Conseil constitutionnel : une censure annoncée ? », *La Semaine juridique*, Ed. G., 18 janvier 2010, 61.

<sup>6</sup> Pour la liste totale des produits concernés, voir le tableau contenu dans l'article 7 du projet de loi définitivement adopté par les assemblées.

<sup>7</sup> Prix « significativement en-deçà des préconisations des experts » selon le rapport du sénateur Ph. MARINI (Rapport général fait au nom de la Commission des finances, n° 101, 19 novembre 2009, Sénat, Ph. MARINI, Tome II, Fasc. 1, p. 35), même si pour le gouvernement, selon l'exposé des motifs du projet de loi de finances, « l'objectif sera d'atteindre, à terme, un signal-prix suffisant, évalué à 100 euros par tonne de CO<sub>2</sub> en 2030 ».

<sup>8</sup> Pour l'énumération des produits échappant à la contribution carbone, voir l'article 7 du projet de loi définitivement adopté par les assemblées.

<sup>9</sup> Qui a donné lieu aux deux arrêts « Arcelor » du Conseil d'Etat (Ass. 8 février 2007 et 3 juin 2009), le second intervenant après que la Cour de justice (16 décembre 2008, Arcelor atlantique et Lorraine et autres c/ Premier ministre, C-127/07), saisi par la voie préjudicielle par le Conseil d'Etat dans le premier arrêt, a prononcé la conformité de la directive au principe d'égalité.

poursuivi par le législateur était que la contribution carbone ne se superpose pas au système du marché européen des quotas<sup>10</sup> afin d'éviter une double taxation préjudiciable à la compétitivité de l'industrie française<sup>11</sup>. L'exonération totale répondait à des considérations économiques et apparaissait comme une conséquence de la mise en place, à terme, d'un système payant de quotas au niveau de l'Union européenne<sup>12</sup>. Pour mesurer l'importance de ces exonérations, il convient encore d'ajouter, ce qu'un rapport parlementaire n'a pas manqué de relever, qu'elles conduisent à ce que « 93 % des émissions de CO<sub>2</sub> industrielle (...) ne seront pas assujetties à la taxe carbone »<sup>13</sup>.

Les parlementaires qui contestaient d'une même voix la contribution carbone, les lettres de saisine des députés et des sénateurs étant identiques, ont totalement occulté les avantages accordés aux entreprises. Ils dénonçaient une rupture caractérisée du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques en ne se focalisant que sur les ménages. Dans l'examen de la constitutionnalité de la contribution carbone, le Conseil constitutionnel ne reprend d'ailleurs pas l'argumentation des requérants. Il se saisit de l'ensemble du dispositif, pour le censurer au regard de l'ampleur des exonérations accordées par le législateur. Il s'est ainsi saisi d'office de cette dernière question en la confrontant aux articles 2, 3 et 4 de la Charte sur l'environnement et au principe d'égalité devant les charges publiques.

Sur le fond, le Conseil admet les « réductions de taux de contribution carbone ou des tarifications spécifiques » si elles sont justifiées « par la poursuite d'un intérêt général, tel que la sauvegarde de la compétitivité de secteurs économiques exposés à la concurrence internationale ». Il précise même que « l'exemption totale de la contribution peut être justifiée si les secteurs économiques dont il s'agit sont spécifiquement mis à contribution par un dispositif particulier ». En l'espèce, il juge que « si certaines des entreprises exemptées du paiement de la contribution carbone sont soumises au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans l'Union européenne, il est constant que ces quotas sont actuellement attribués à titre gratuit et que le régime des quotas payants n'entrera en vigueur qu'en 2013 et ce, progressivement jusqu'en 2027 ». Il cible ainsi le cœur de la justification des exemptions avancée par le législateur, c'est-à-dire l'argument « communautaire »<sup>14</sup> issu de la directive « quotas », pour le rejeter. Le juge constitutionnel en déduit, « en conséquence », que le régime prévu par le législateur conduit à ce que « 93 % des émissions de dioxyde de carbone d'origine industrielle, hors carburant, seront totalement exonérées de contribution carbone ; que les activités assujetties à la contribution carbone représenteront moins de la moitié de la totalité des émissions de gaz à effet de serre ; que la contribution carbone portera essentiellement sur les carburants et les produits de chauffage qui ne sont

---

<sup>10</sup> Rapport de Ph. MARINI, *précit.*, p. 33.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>12</sup> L'exposé des motifs du projet de loi de finances laissait toutefois entendre que ces exonérations étaient juridiquement imposées par la directive « quotas ». Or, seule la directive du 27 octobre 2003 *restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité* impose au droit français d'écarter certaines entreprises d'une taxation sur les produits énergétiques.

<sup>13</sup> Rapport de Ph. MARINI, *précit.*, p. 39.

<sup>14</sup> L'expression demeurera entre guillemet puisqu'il n'existe plus, depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2009, de droit « communautaire » mais un droit de l'Union européenne.

que l'une des sources d'émission de dioxyde de carbone ». Il conclut que « par leur importance, les régimes d'exemption totale institués par l'article 7 de la loi déferée sont contraires à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique et créent une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques » (cons. 82).

La censure porte sur l'importance des exonérations « communautaires » et de manière décisive sur celles liées à la directive « quotas ». Elle oblige le juge à prononcer l'inconstitutionnalité de l'ensemble du dispositif sur la contribution carbone et pas seulement les exemptions constitutionnellement problématiques. La déclaration d'inconstitutionnalité des seules exonérations aurait eu pour conséquence d'assujettir les entreprises concernées à la contribution. Le Conseil constitutionnel aurait été en situation d'être un « législateur positif ». Comme le souligne le commentaire aux *Cabiers du Conseil constitutionnel*, le juge « ne pouvait substituer sa volonté à celle du législateur en se bornant à censurer les régimes d'exemptions ». La censure du juge apparaît logique dans une perspective d'efficacité environnementale de la contribution carbone. Si le signal prix ne concerne que 7 % des émissions de dioxyde de carbone d'origine industrielle, l'efficacité de la contribution carbone est pour le moins limitée même si, globalement, les activités assujetties à la contribution carbone représentent « environ 48 % des émissions totales de gaz à effet de serre »<sup>15</sup>.

Dans la recherche du champ des possibles que la décision offre à l'avenir au législateur pour l'institution d'une nouvelle contribution carbone, la décision du Conseil constitutionnel appelle trois séries de remarques. Elle confirme tout d'abord le principe d'un contrôle renforcé exercé par le juge constitutionnel sur la fiscalité environnementale (§ I). La combinaison du principe d'égalité devant les charges publiques et des dispositions de la Charte sur l'environnement tend à accroître les exigences pesant sur le législateur. Pour ceux qui pouvaient douter de l'utilisation effective et efficace de la Charte par le juge constitutionnel, on doit souligner que celle-ci constitue un motif d'inconstitutionnalité sur lequel le juge s'appuie pour censurer le législateur. La relative indétermination de ses énoncés ne fait pas obstacle à une utilisation poussée de la Charte par le juge. Alors qu'une telle indétermination est considérée comme source d'autolimitation pour le juge avec le Préambule de 1946 et ses droits-créances<sup>16</sup>, elle est à l'origine de plus d'hardiesse avec la Charte de l'environnement. En l'espèce, le caractère renforcé du contrôle se concrétise ensuite par un contrôle des motifs avancés par le législateur à l'appui des exonérations de la contribution carbone offertes aux entreprises (§ II). La Haute juridiction sanctionne plus précisément une erreur de fait, selon la qualification familière au droit administratif, du législateur alors pourtant que cette notion est *a priori* difficilement transposable au droit constitutionnel<sup>17</sup>. Enfin, si le degré élevé du contrôle ne fait aucun doute, la portée de la décision invite à

---

<sup>15</sup> Selon les commentaires de la décision aux *Cabiers du Conseil constitutionnel*.

<sup>16</sup> Voir sur cette question, la thèse de référence : L. GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, 2007, 826 p.

<sup>17</sup> Voir sur la difficulté de transposer les cas d'ouverture en contentieux administratif au contentieux constitutionnel : A. VIDAL NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *R.F.D.A.*, 2008, pp. 899 et s.

s'interroger sur la marge de manœuvre dont dispose à l'avenir le législateur pour instituer une contribution carbone (§ III).

## I – La confirmation de principe d'un contrôle renforcé du juge constitutionnel sur la fiscalité environnementale

Le principe d'une fiscalité environnementale visant à favoriser des comportements vertueux en faveur de l'environnement a été déjà admis par le Conseil constitutionnel dans une décision du 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*<sup>18</sup>. La décision du 29 décembre 2009 s'inscrit dans la voie qui avait été tracée alors, en confirmant certains des principes qui avaient été posés. Pour apprécier sa spécificité, cette jurisprudence mérite d'être comparée à celle qui est applicable à l'octroi d'avantages fiscaux. Dans les deux cas en effet, le législateur entend favoriser des comportements répondant à des objectifs d'intérêt général, même si les moyens utilisés sont précisément inverses, sanction de l'absence de comportement vertueux par le paiement d'une contribution en cas de fiscalité environnementale, gratification du comportement vertueux par l'octroi d'un avantage fiscal dans le cadre de la fiscalité classique. Cette comparaison permet de constater l'existence d'un contrôle renforcé en matière environnementale par rapport à la fiscalité classique.

Dans la décision du 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, le Conseil constitutionnel reconnaît la conformité à la Constitution d'« *impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe soient justifiées au regard desdits objectifs* »<sup>19</sup>. Il faut donc d'abord que les règles fixées par le législateur visant à inciter le redevable à adopter certains comportements soient justifiées au regard de l'objectif poursuivi. En l'espèce, la lutte contre l'« effet de serre » est considérée comme un objectif d'intérêt général justifiant les mesures en question. Le juge constitutionnel apprécie ensuite la rupture d'égalité devant l'impôt « *en fonction de l'adéquation* » du dispositif contesté « *à cet objectif d'intérêt général* ». Le contrôle est un contrôle strict de l'adéquation de la mesure à l'objectif poursuivi par le législateur. Selon une définition générale, la mesure « doit être adéquate, c'est-à-dire appropriée, ce qui suppose qu'elle soit *a priori* susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but recherché par son auteur »<sup>20</sup>. Le principe d'égalité devant l'impôt implique un contrôle de l'adéquation, en présence d'« *impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général* », c'est-à-dire d'un dispositif de différenciation à finalité incitative.

---

<sup>18</sup> C.C., n° 2000-441 DC, 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, cons. 34.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *R.F.D.C.*, 70-2007, p. 287.

En matière de fiscalité classique, le juge constitutionnel ne procède pas à un contrôle aussi strict de l'adéquation face à des dispositions législatives posant des avantages fiscaux. Dans la décision du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, le Conseil constitutionnel a ainsi admis que « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation à la création et au développement d'un secteur d'activité concourant à l'intérêt général »<sup>21</sup>. Il faudra cependant attendre la décision du 16 août 2007, pour que le Conseil constitutionnel adopte une formule synthétique regroupant les deux éléments d'appréciation pesant sur l'octroi d'avantages fiscaux. Il considère en effet 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 »<sup>22</sup>. Le juge apprécie ainsi le rapport existant entre l'avantage fiscal consenti et l'effet incitatif attendu, celui-là ne devant pas être « hors de proportion » au regard de celui-ci. Il n'est pas question d'adéquation mais de proportion, étant entendu que seul ce qui est « hors de proportion » sera censuré. Le lien exigé par le juge est plus souple.

Cette présentation sans faille mérite d'être quelque peu nuancée. Il est vrai que la référence à l'adéquation est présente dans la décision du 29 décembre 2009. Elle avait cependant disparu des décisions intervenues dans le domaine de la fiscalité environnementale après celle du 28 décembre 2000. Dans la décision du 27 décembre 2002, *Loi de finances pour 2003*, le Conseil contrôlait une disposition de loi qui faisait peser sur les personnes mettant à disposition du public des imprimés le coût de leur collecte et de leur recyclage au regard du principe d'égalité. Il mentionne « le but d'intérêt général qui s'attache à la protection de l'environnement », mais ne se réfère pas à l'exigence d'adéquation du dispositif à l'objectif poursuivi<sup>23</sup>. Dans la décision du 29 décembre 2003, *Loi de finances rectificative pour 2003*, le Conseil ne fait pas non plus référence à cette exigence alors que les mesures examinées entendaient lutter contre la dégradation de l'environnement. Il considère seulement « que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs »<sup>24</sup>. Ces décisions ne semblent pourtant pas témoigner de manière significative de l'existence durable et définitive d'un contrôle classique en matière de fiscalité environnementale. La décision du 29 décembre 2009 plaide de manière indiscutable, à l'instar de la décision de 2000, en faveur d'un contrôle renforcé sur la fiscalité environnementale qu'il convient d'illustrer de manière plus approfondie.

---

<sup>21</sup> C.C., n° 84-184 DC, 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, Rec., p. 94, cons. 25.

<sup>22</sup> C.C., n° 2007-555 DC, 16 août 2007, *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, Rec., p. 310, cons. 3.

Voir sur l'exigence de critères objectifs et rationnels : C.C., n° 95-369 DC, 28 décembre 1995, *Loi de finances pour 1995*, Rec., p. 257, cons. 9 ; sur le fait que l'avantage ne soit pas hors de proportion avec l'effet incitatif attendu : C.C., n° 2002-464 DC, 27 décembre 2002, *Loi de finances pour 2003*, Rec., p. 583, cons. 34.

<sup>23</sup> C.C., n° 2002-464 DC, 27 décembre 2002, *Loi de finances pour 2003*, précit., cons. 57.

<sup>24</sup> C.C., n° 2003-488 DC, 29 décembre 2003, *Loi de finances rectificative pour 2003*, Rec., p. 480, cons. 9.

## § II – L'illustration en l'espèce du contrôle renforcé : le contrôle des motifs de la loi

Si la décision du 29 décembre 2009 s'inscrit dans le cadre fixé par la décision du 28 décembre 2000, elle paraît renforcer les principes que celle-ci avait posés.

L'état du droit positif a changé depuis la révision constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005. L'insertion dans la Constitution de nouvelles normes en matière environnementale, à savoir la Charte de l'environnement<sup>25</sup>, renforce les exigences pesant sur le législateur en ce domaine et peut justifier l'exercice d'un contrôle renforcé par le juge. Dans la décision de 2009, le Conseil constitutionnel se réfère ainsi aux articles 2 (devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement), 3 (devoir de prévenir les atteintes à l'environnement) et 4 (principe « pollueur-payeur ») de la Charte. L'objectif d'intérêt général de préservation de l'environnement est désormais une exigence constitutionnelle, qui justifie en l'espèce que les dispositions instituant la contribution carbone soient appréciées en fonction de leur « adéquation » à l'objectif poursuivi par le législateur.

L'exercice d'un contrôle plus strict est surtout visible dans l'appréciation par le Conseil constitutionnel des motifs avancés par le législateur à l'appui de certaines exonérations. Dans les décisions antérieures, les censures se sont concentrées sur le rapport entre le dispositif institué par le législateur et l'objectif qu'il poursuivait, soit parce que ce rapport n'existait pas (décisions du 28 décembre 2000 et du 27 décembre 2002), soit que la différence de traitement n'était pas justifiée au regard de l'objectif poursuivi (décision du 29 décembre 2003). La décision commentée s'inscrit sur un autre terrain : « *par leur importance, les régimes d'exonération totale institués par l'article 7 de la loi déferée sont contraires à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique et créent une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* ».

Le contrôle de l'adéquation aboutit à un constat simple : le dispositif est contraire à l'objectif poursuivi par le législateur, c'est-à-dire à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique. Il n'est pas inadéquate, il est simplement contraire à l'objectif poursuivi. La sanction est sévère, elle concrétise une erreur grossière du législateur qui écarte 93 % des émissions industrielles de dioxyde de carbone du dispositif. De manière originale, le Conseil constitutionnel procède à un contrôle de la véracité des motifs avancés par le législateur, de la *ratio veritatis* du texte contrôlé<sup>26</sup>. Pour emprunter à la classification classique en droit administratif, il y a erreur de fait du législateur, *erroneità dei presupposti di fatto* selon une formule utilisée en Italie<sup>27</sup>. Le juge constitutionnel apprécie la réalité des motifs que le législateur a avancés pour justifier son choix.

---

<sup>25</sup> Voir en ce sens les commentaires de la décision aux *Cabiers du Conseil constitutionnel*.

<sup>26</sup> Voir sur ce point : J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Economica-PUAM, Collection droit public positif, 2001, p. 100.

<sup>27</sup> *Loc. cit.*, p. 105.

Il vérifie si le motif avancé par le législateur à l'appui des exonérations d'entreprises entrant dans le domaine de la directive « quotas » est valable. Le contrôle de l'adéquation du dispositif à l'objectif poursuivi dérive vers un contrôle des motifs justifiant le dispositif et donc vers une appréciation de l'opportunité du choix du législateur, à laquelle le juge constitutionnel se refuse en principe<sup>28</sup>. Ce glissement se justifie par les données de l'espèce. Si le législateur retient une solution qui conduit à écarter 93 % des émissions industrielles de CO<sub>2</sub>, ce n'est que parce qu'il existe une raison objective qui le conduit à le faire. Il existe des motifs qui justifient son choix, l'existence d'un système d'échanges de quotas en l'occurrence, et le juge apprécie la véracité de ces motifs. Autrement dit, ce n'est pas tant l'examen de dispositions relatives à une fiscalité environnementale qui justifie le contrôle des motifs de la loi que les données de l'espèce. L'inadéquation manifeste du dispositif au regard de l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique autorise un examen de la véracité des motifs sur lesquels reposent les exonérations à l'origine de l'inadéquation.

L'analyse menée par le Conseil constitutionnel consiste purement et simplement à rejeter l'un des motifs avancé par le législateur à l'appui de son dispositif : la justification « communautaire » aux exonérations issue de la directive « quotas ». Cette justification n'est pas *encore* pertinente car, comme le souligne le Conseil constitutionnel, les quotas d'émission de gaz à effet de serre « *sont actuellement attribués à titre gratuit et que le régime payant n'entrera en vigueur qu'en 2013 et, progressivement jusqu'en 2027* ». Toute la question consiste ensuite à déterminer la portée de cette dernière affirmation pour le législateur quant à sa capacité d'action pour une future contribution carbone.

### § III – La marge de manœuvre laissée au législateur

Tant la décision du Conseil constitutionnel que l'abandon récent d'une contribution carbone amènent à s'interroger sur la marge de manœuvre dont dispose à l'avenir le législateur. Une première voie, précisément celle que n'a pas voulu emprunter le Premier ministre, mérite d'être brièvement évoquée : l'adoption d'une loi supprimant les exonérations « quotas » d'émission. Une telle solution avait le mérite d'être de manière indiscutable conforme à la jurisprudence constitutionnelle. Le fait que cette voie n'ait pas été empruntée amène néanmoins à s'interroger sur la bonne foi du gouvernement et du législateur dans l'utilisation de la justification « communautaire » tirée de la directive « quotas ». Dans le prolongement, on pourrait d'ailleurs analyser la censure du juge constitutionnel comme sanctionnant un détournement de pouvoir<sup>29</sup>. En l'absence de système d'échange de quotas encore payant, il est pour le moins malhabile de

<sup>28</sup> Selon la formule connue, le Conseil constitutionnel ne dispose pas « *d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement* », voir par exemple : C.C., n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *I.V.G., Rec.*, p. 19, cons. 1.

<sup>29</sup> Une telle analyse d'une sanction d'un détournement de pouvoir n'est pas antinomique avec ce qui a été avancé précédemment quant à la sanction d'une erreur de fait. La sanction de l'erreur de fait peut suppléer le contrôle du détournement de pouvoir souvent difficile à établir lorsque le motif de fait recoupe le but de l'acte. Voir en ce sens : M. DEGUERGUE « Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait », in *Mélanges en l'honneur de J.-F. Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 385.

soulever l'épouvantail du risque de double taxation. Pour l'avenir, ce risque est indiscutable mais, au moment de l'adoption de la loi, il n'existe pas. La justification « communautaire » ne serait là que pour légitimer un choix politique favorable à l'industrie française qui, sans cette justification, serait manifestement contraire au principe d'égalité.

En tout état de cause, cette solution soumettant les entreprises concernées par le système de quotas à la contribution carbone ne pouvait être que provisoire, jusqu'à la mise en place du système payant d'échange de quotas. Après, la compétitivité des entreprises pouvait être mise à mal. Le cœur de la difficulté dans l'interprétation de la décision se noue précisément au moment où la justification « communautaire » sera valable. Dans cette situation en effet, l'articulation du considérant de principe du Conseil constitutionnel ouvre la voie à une lecture potentiellement problématique, quoique largement improbable.

Dans la première partie de ce considérant, le juge s'attache à apprécier la régularité des exonérations, réductions de taux et autres tarifications spécifiques. Il les admet sur le principe dès lors qu'elles répondent à un objectif d'intérêt général. En l'espèce, il rejette la justification de certaines exonérations tirées de l'application de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la mesure où le système d'échange ne sera pas encore mis en place de manière payante. Dans la seconde partie du considérant, il évoque les conséquences de fait de telles exonérations (93 % des émissions industrielles échappent au dispositif et seul un peu moins de la moitié des émissions totales y seront incluses), pour constater la contrariété du dispositif et la rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques. La difficulté provient du fait que chacune de ces deux parties paraît indépendante de l'autre, contribuant ainsi à obscurcir la lecture de la décision.

En 2027, le système des quotas sera entièrement payant au sein de l'Union européenne, la mise en place du caractère payant ne débutant de manière progressive qu'à partir de 2013. A cette date, le motif avancé par le législateur, que l'on suppose tenace et constant dans sa démarche, pour exonérer les entreprises concernées par le système de quotas serait considéré comme valable par le Conseil constitutionnel. Il répond à l'intérêt général tiré de « *la sauvegarde de la compétitivité de secteurs économiques exposés à la concurrence internationale* » et concerne des secteurs « *spécifiquement mis à contribution par un dispositif particulier* », à savoir les quotas. Les exonérations seraient donc justifiées d'un point de vue constitutionnel. Il n'en reste pas moins que la seconde partie du considérant garderait toute sa pertinence. Même justifiées, les exonérations auraient toujours la même importance, écartant 93 % des émissions industrielles et plus de la moitié des émissions totale. La contrariété à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique poursuivi par le législateur serait la même, tout comme la rupture du principe d'égalité. La justification du dispositif n'écarte pas son inadéquation aux objectifs poursuivis. Certes, le Conseil constitutionnel lie les deux parties du considérant par la formule « en conséquence », mais on voit mal sur le fond en quoi la justification de l'exonération aurait pour « conséquence » de faire disparaître la méconnaissance de l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique et la rupture du principe d'égalité. Pour autant, à rationaliser le discours du juge, le seul fait pour le Conseil constitutionnel d'avoir lié les

deux éléments plaide en faveur de l'admission éventuelle de la conformité à la Constitution du même dispositif, toutes choses étant égales par ailleurs, une fois que le système d'échange de quotas sera totalement payant.

Un peu de recul sur la lecture de la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2009 censurant la contribution carbone était sans doute nécessaire. S'interroger sur la marge de manœuvre qu'elle offre au législateur peut paraître vain au moment où le pouvoir exécutif annonce l'abandon d'un tel dispositif. Ce serait toutefois oublier que les prochaines échéances sont susceptibles d'amener un nouvel exécutif au pouvoir disposant d'une autre majorité parlementaire.

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université de Perpignan