

COMMENTAIRE DE LA DECISION N° 2006-543 DC DU 30 NOVEMBRE 2006, *LOI RELATIVE AU SECTEUR DE L'ÉNERGIE*

Par Raphaël DECHAUX

Publié in « Chronique France », *AIJC*, n° XXII-2006, 2007, pp. 762 à 799.

B – Méthodes du contentieux de constitutionnalité

2 – Les effets des décisions du Conseil constitutionnel

Modulation des effets dans le temps

Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*

Le Conseil constitutionnel accroît sa maîtrise sur les effets temporels que produisent ses décisions, un an après ses importantes décisions 2005-528 DC du 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006* et 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006* dans lesquelles le Conseil constitutionnel a suivi la position du Conseil d'État en matière d'annulation contentieuse non rétroactive¹. Il a ainsi jugé, le 30 novembre 2006, que la privatisation de Gaz de France (GDF) était constitutionnelle sous la réserve qu'elle ne produise aucun effet avant le 1^{er} juillet 2007 (cons. 26). Ainsi, un nouveau type de réserve d'interprétation voit le jour : la constitutionnalité sous réserve qui suspend l'effectivité de la loi déferée jusqu'à une date ultérieure. Soulignons que cette réserve d'interprétation était proposée par les saisissants mais qu'elle était surtout pertinente au cas d'espèce (cf. *infra*). Cette technique de la réserve « temporelle », si elle semble audacieuse, ne devrait donc pas se généraliser. Elle montre cependant que la créativité et les moyens dont se dote le Conseil constitutionnel en matière de techniques contentieuses le rapprochent de plus en plus des pouvoirs dont dispose une juridiction classique.

R. D.

3- Moyens soulevés d'offices

Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*

L'utilisation par le Conseil constitutionnel de la technique des moyens soulevés d'offices ne constitue pas une nouveauté². Néanmoins, lors du contrôle de la loi de privatisation de GDF, le Conseil a innové en examinant *dès le début de sa décision* (cons. 1) le moyen soulevé d'office de

¹ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*. Voir cette chronique, *A.I.J.C.*, XXI-2005, pp. [j'ai oublié de prendre les réfs !]

² La possibilité pour le Conseil de soulever d'office des dispositions dont la constitutionnalité n'est pas contestée par le ou les auteurs de la saisine (caractéristique de la nature juridictionnelle du Conseil) est reconnu depuis la décision 60-8 DC du 11 août 1960, cons. 7 (*Rec.* p. 25)

contrariété entre une disposition de la loi déferée (article 17) et l'article 88-1 de la Constitution (c'est-à-dire envers une norme de droit communautaire dérivé)³. Auparavant, le Conseil ne soulevait d'office des moyens qu'une fois étudiés les arguments produits par le ou les saisissants, en fin de décision. Si cette nouveauté peut paraître, au premier abord, minime, soulignons que c'est grâce à elle que le Conseil a pu déclarer conforme la loi déferée (cf. *infra*). Ainsi, la possibilité pour la Haute Juridiction d'examiner en premier lieu des moyens soulevés d'office semble être justifiée par la finalité de cette utilisation et non constituer un revirement de « la pratique » des moyens soulevés d'office⁴. Comme pour la modulation des effets dans le temps de ses décisions (cf. *supra*), on remarquera que le Conseil a une utilisation téléologique des instruments contentieux qui sont à sa disposition.

R. D.

8) *L'exigence constitutionnelle de transposition des directives communautaires*

Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*

Sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel peut désormais censurer toute disposition législative manifestement contraire au droit communautaire dérivé (décision 2006-540 DC, cf. *supra*). Ce nouveau contrôle s'est effectué de façon prometteuse comme moyen soulevé d'office lors de l'examen de la loi relative au secteur de l'énergie (cf. *supra*). En effet, la privatisation de GDF était due, en partie⁵, à la nécessité de transposer les nouvelles normes européennes en la matière et, plus particulièrement, conformer la France à l'objectif d'ouverture à la libre concurrence du marché européen de l'énergie au 1^{er} juillet 2007⁶. Il était dès lors compréhensible que la Cour constitutionnelle française vérifie si la transposition effectuée par le législateur français était conforme au droit communautaire dérivé. Or, si la loi déferée devant le Conseil effectuait bien une privatisation de GDF (article 39), le Gouvernement - pour rassurer une opposition qui s'était révélé, au sein même de sa majorité à l'Assemblée nationale, particulièrement vigoureuse⁷ - avait prévu dans la loi que de nombreuses missions de service public seraient effectuées par les nouveaux opérateurs privés.

La plus problématique de ces dispositions était celle relative au maintien des tarifs réglementés. Ces tarifs, fixés par le ministre de l'Économie, permettent aux usagers qui n'ont pas choisi la concurrence privée de bénéficier de tarifs stables et uniques sur le territoire national. Il était ainsi possible de procéder à la privatisation de GDF sans réellement libéraliser le prix du marché du gaz⁸. Ces tarifs réglementés existent pour GDF et EDF depuis la loi du 3 janvier 2003,

³ La principale conséquence à retenir de cette évolution (et de la décision 2006-543 DC en général) est sans doute l'importance de la récente jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à ce contrôle, pleinement effectif trois mois à peine après la décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006 (cf. *infra*).

⁴ Ainsi, dans sa décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, le Conseil a soulevé d'office l'incompatibilité d'un article de la loi déferée avec l'article 21 de la Constitution, *après* avoir étudié les différents moyens produits par les députés et les sénateurs saisissant.

⁵ La principale raison politique était de permettre la fusion avec Suez, compagnie française, et d'empêcher ainsi une OPA d'une compagnie italienne... Ou quand le droit communautaire de la concurrence justifie le protectionnisme national !

⁶ Les deux directives organisant le marché commun de l'énergie sont celles du 26 juin 2006 (2003/54/CE et 2003/55/CE du Parlement et du Conseil). Ces deux directives étaient présentes dans les visas de la décision du 30 novembre.

⁷ L'ancien ministre de l'Économie avait promis devant la représentation nationale, en 2005, que GDF ne serait pas privatisé et le Président de la République avait fait la même promesse le 19 mai 2004

⁸ Le régime mis en place découle de la loi du 3 janvier 2003 et, très complexe, il serait trop long à développer ici. On renverra donc le lecteur à la note du Secrétaire général du Conseil constitutionnel sur le sujet : SCHOETTL (J.-E.), « Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie », *in LPA* n° 244, 7 décembre 2006, pp. 9 à 11.

mais leur compatibilité avec le droit communautaire a déjà fait l'objet de deux mises en demeure de la Commission européenne, pour les deux secteurs, le 4 avril 2006. Dans celle relative au marché du gaz, la Commission estime que l'article 3§1 et §2 de la directive 2003/55/CE a été violé notamment du fait « qu'un mode de fixation étatique des prix ayant un tel caractère de généralité, de permanence et de rigidité, dénué de transparence dans son mode d'attribution, et s'adressant aux consommateurs les plus vulnérables, ne peut être présumé indispensable dans un système où le libre jeu de la concurrence entraîne en principe la fixation de prix compétitifs »⁹. Le Conseil d'État a d'ailleurs saisi le Conseil de la concurrence sur le sujet de la compatibilité de ces tarifs avec le droit communautaire de la concurrence (article 82 du Traité instituant la Communauté européenne)¹⁰.

Or, non seulement le législateur avait repris ces tarifs règlementés dans la loi déferée au Conseil, mais il avait, en plus, développé et élargi le nombre de ses bénéficiaires possible. Selon l'article 17 de la loi, les clients « éligibles » ou « non domestiques », c'est-à-dire ceux qui ont choisi un opérateur privé (donc de faire jouer la libre concurrence), pouvaient bénéficier de ces tarifs s'ils décidaient de déménager ou de « changer de situation personnelle ». Ces tarifs devaient également se poursuivre pour les clients « domestiques », c'est-à-dire ceux qui décident de ne pas choisir un opérateur privé, jusqu'après le 1^{er} juillet 2007, indépendamment du fait que le contrat avec le client soit arrivé ou non à terme après cette date¹¹. L'incompatibilité du régime mis en place par l'article 17 de la loi avec le droit communautaire était donc manifeste puisque des clients ayant choisi des prix fixés librement par « la loi du marché » pouvaient revenir à un prix étatique¹². Rappelons également que les directives prévoyaient que la libéralisation de l'énergie devait être effective dans l'Union européenne le 1^{er} juillet 2007. Sans doute pour prévenir une condamnation de la Cour de justice des communautés européennes (qui se produira peut-être à propos des tarifs règlementés déjà existant), le Conseil constitutionnel a donc, dans son considérant 9, jugé contraire à l'article 88-1 de la Constitution, deux types de dispositions contenues dans l'article 17 (la censure n'a ainsi été que partielle¹³). Tout d'abord, celles qui permettaient aux éligibles de revenir vers ces tarifs règlementés, pour le gaz et l'électricité, et ensuite celles qui concédaient aux clients domestiques le bénéfice de ces tarifs, une fois leur contrat terminé, alors que la date d'ouverture du marché européen de l'énergie était révolue.

R. D.

E – Droit constitutionnel administratif

La notion de service public constitutionnel

⁹ Ce n'est pas tant l'existence de ces tarifs (permise par les deux directives) mais leur généralisation que la Commission estime donc contraire au droit communautaire.

¹⁰ CE, Sect., *Société Poweo*, 7 juillet 2006, req. n° 289012. On s'interroge néanmoins sur la pertinence de cette saisine du Conseil de la concurrence alors que celle de la Cour de justice des communautés européennes, par le biais d'une question préjudicielle, aurait pu clarifier la situation, en confirmant ou infirmant la position de la Commission.

¹¹ Sur le régime précis mis en place par la loi, SCHOETTL (J.-E.), *ibidem*, pp. 10 et 11.

¹² Le coût du gaz étant en constante augmentation depuis 2004, le nombre de bénéficiaires des tarifs règlementés aurait certainement augmenté si la disposition n'avait pas été censurée.

¹³ Le Conseil a donc estimé que la présence de tarifs règlementés dans le régime français n'était pas manifestement contraire avec les deux directives. Néanmoins, les conséquences de cette censure pourraient conduire à la disparition des tarifs règlementés pour l'ensemble du secteur de l'énergie : **[TROUVE La REF CONNARD]**, « Le Conseil constitutionnel programme l'extinction des tarifs règlementés de vente dans le secteur de l'électricité », *in LPA* n° 4, 4 janvier 2007, pp. 3 à 8. S'il semble évident que les conséquences à court terme d'une telle disparition seraient, sans doute, dommageables pour les foyers les plus démunis, relevons qu'à long terme, outre une conformité du droit interne français avec le droit communautaire, elles permettraient aux États membres de l'Union de prôner une politique énergétique commune et, pourquoi pas, protectrice.

Les décisions portant sur les privatisations ou les nationalisations – par les problèmes juridiques qu'elles posent et le retentissement qu'elles occasionnent auprès du grand public¹⁴ – font parties des plus importantes que le Conseil constitutionnel ait à rendre. Pour la nouvelle loi relative au secteur de l'énergie, les enjeux, tant économiques que politiques, étaient, encore une fois, très importants et, suite à l'adoption de la loi le 8 novembre 2006, l'opposition au projet de privatisation de GDF, largement relayé par les médias, s'est cristallisée dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel. Le problème juridique était de savoir si l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946¹⁵ pouvait empêcher le législateur de réaliser la privatisation d'un service public nationalisé depuis la Libération (article 39 de la loi déferée, le seul contesté). La réponse de la Haute Juridiction a été négative mais, si la décision s'inscrit dans la continuité d'une solide jurisprudence de plus de vingt ans, la censure des tarifs règlementés effectuée par le Conseil, censure ayant permis d'accepter la constitutionnalité de la privatisation de GDF, a surpris les commentateurs, politiques comme juridiques.

L'interprétation de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 par le Conseil constitutionnel n'a que peu évolué depuis la décision fondatrice *Privatisation* des 25 et 26 juin 1986¹⁶. Le texte de 1946 parlant de service public *national*, les services publics *locaux* (ramassage des ordures, bibliothèques municipales, etc...) ne sont donc pas protégés par cette norme constitutionnelle. Néanmoins, la définition d'un service public national n'existant pas, même en 1946¹⁷, le Conseil a effectué une distinction au sein des services publics nationaux entre les services publics constitutionnels et les services publics nationaux que l'on peut qualifier de législatifs. Les premiers sont les seuls qui ne peuvent être privatisés par le législateur, sauf à effectuer une révision constitutionnelle de l'alinéa 9 du Préambule de 1946. Néanmoins, le contenu de cette catégorie reste incertain, aucun service public constitutionnel n'ayant été encore identifié par le Conseil constitutionnel ; la doctrine s'accorde pour y faire figurer les activités qui sont prévues par la Constitution, que l'on peut rapprocher des fonctions régaliennes de l'État : la justice, la défense nationale, les affaires étrangères, la police, etc... Le débat est posé pour d'autres services publics essentiels qui n'apparaissent pas formellement dans la Constitution¹⁸ : l'éducation, l'aide sociale, la culture... L'immense majorité des services publics nationaux sont donc uniquement législatifs ; ils existent par la volonté du législateur et peuvent être privatisés à tout moment par le législateur, selon la règle du parallélisme des formes. De toute évidence, GDF ne constituait pas un service public constitutionnel¹⁹ ; mais, pour que la privatisation d'un service public national soit constitutionnelle, il est nécessaire que le législateur lui retire ses activités de service public²⁰. Ainsi

¹⁴ Les décisions *Lois de nationalisation* de 1982 (82-132 et 82-239 DC, *Rec.* p. 18) avaient même été également l'occasion d'un débat sur la légitimité du juge constitutionnel.

¹⁵ « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

¹⁶ 86-207 DC, *Rec.* p. 61, GDCC n° 37, p. 641.

¹⁷ Ainsi, R. Capitant : « Je trouve que la notion de service public national est quelque peu obscure », in *Annales de l'Assemblée nationale constituante élue le 21 octobre 1945*, Tome III, p. 969.

¹⁸ FAVOREU (L.), « Services publics et Constitution », in *AJDA* numéro spécial, 20 juin 1997, pp. 16 à 19.

¹⁹ Les saisissants estimaient ainsi « qu'aucune des activités de GDF ne découll[ait] de principe ou de règles de valeur constitutionnelle ». Quant à savoir si GDF gérait un « monopole de fait », sans rentrer dans les détails très techniques, le fait que le gaz soit une énergie aisément substituable, ne pouvait la faire rentrer dans cette catégorie, ainsi que le souligne M. Schoettl, *ibidem*, p. 17. La privatisation d'EDF se révélerait sans doute plus difficile, sur ce fondement.

²⁰ 86-207 DC, cons. 3 et 96-380 DC, cons 3 et 4. Ainsi la privatisation de TF1 a été possible du fait que bien qu'au moment de la privatisation cette dernière était toujours en situation de monopole de fait (il n'existait

que le soulignait les auteurs de la saisine, « cette faculté laissée au législateur d'abandonner la participation majoritaire de l'État dans les entreprises publiques n'est constitutionnelle que, *si en même temps que la loi opère cet abandon*, elle retire à l'entreprise privatisée ses caractères de service public national ou de titulaire de monopole de fait »²¹.

En l'espèce, le Conseil a bien effectué un contrôle matériel de la privatisation opérée par le législateur mais, et c'est là toute l'originalité de la décision, après avoir annulé d'office, partiellement, l'article 17 de la loi relatif aux tarifs réglementés (cf. *supra*). Dans son considérant 10, la Haute Juridiction prend ainsi acte du fait que l'article 39 de la loi fasse figurer GDF dans la liste des entreprises privatisées (loi n° 86-793 du 2 juillet 1986), puis elle vérifie que le régime qui a été défini par le législateur n'imposait pas des missions de service public dont la nouvelle entreprise privée serait *la seule destinataire*. Or, les tarifs réglementés auraient constitué une obligation de service public qu'aurait seule supporté GDF²², si le Conseil ne les avait pas « heureusement » censuré par un moyen soulevé d'office et examiné en premier lieu (cf. *supra*). En fait, la Haute Juridiction était face à une entreprise privée (article 39 de la loi) mais qui bénéficiait d'une sujétion très forte en matière de service public : l'obligation de proposer à ses clients des tarifs dont le montant était fixé par l'État et non par le libre jeu de l'offre et de la demande (article 17 de la loi). Notons que d'autres obligations de service public existaient dans la loi mais elles ne visaient pas spécifiquement GDF et portaient sur tous les opérateurs privés²³. On comprend dès lors pourquoi le Conseil constitutionnel a censuré partiellement l'article 17 de la loi *avant* d'examiner la constitutionnalité de la privatisation de GDF. C'est grâce à cette censure, que le Conseil rappelle au considérant 19 de la décision, que la loi déferée n'est pas contraire à l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946. Si ces tarifs réglementés n'avaient pas été déclarés manifestement contraire au droit communautaire dérivé, le Conseil aurait dû censurer l'article 39. Or, la conséquence aurait été l'annulation entière de la loi, politiquement très difficile à assumer pour la Cour constitutionnelle française²⁴.

qu'une seule chaîne), la loi de privatisation permettait justement l'ouverture à la concurrence (et donc la multiplication des chaînes).

²¹ Les auteurs soulignent. Cette réserve est explicite dans la décision 86-207 DC (cons 72) et a été confirmée par la suite (pour un exemple récent : 2004-501 DC, cons. 14). Cette réserve semble logique et consiste en un simple contrôle de la réalité de la privatisation.

²² Selon la saisine, « la loi contestée de 2006, loin de retirer à GDF l'une de ses missions de service public national, les a *amplifiées en obligeant l'entreprise*, après l'ouverture du marché de la fourniture de gaz à tous les clients le 1^{er} juillet 2007, à proposer indéfiniment à tous les clients domestiques et aux clients non domestiques qui n'ont pas opté pour le marché concurrentiel ou qui ouvrent un nouveau site de consommation des contrats de fourniture de gaz naturel à un tarif réglementé non corrélé aux prix de marché fixé par les pouvoirs publics (article 17 de la loi). Cette obligation de service public qui est imposé à GDF sur l'ensemble du territoire national est en effet d'autant plus significative qu'elle exerce un effet déterminant sur le marché concurrentiel libre et en préservant la prépondérance d'un marché réglementé de fourniture de gaz naturel relevant des pouvoirs publics » (les auteurs soulignent).

²³ Article 16 de la loi du 3 janvier 2003 complété par les articles 14 et 31 de la loi déferée.

²⁴ Le Professeur Quiot estime que le Conseil constitutionnel aurait dû censurer la disposition privatisant GDF et que son interprétation a été ici organique alors qu'elle aurait dû être matérielle (« La révision de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 par le Conseil constitutionnel », in *LPA* n° 48, 7 mars 2007, pp. 8 à 10). On s'inscrit en faux avec cette interprétation, qui ne tient pas compte de la censure des tarifs réglementés par le Conseil. M. de Bellescize estime également que le raisonnement du Conseil était ici erroné, l'auteur s'appuyant sur la volonté du constituant de 1946 qui estimait la nécessité absolue de nationalisation du secteur de l'énergie (R. de Bellescize, « Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel », in *RFDA*, novembre – décembre 2006, pp. 1168 à 1171). Si le fait que le constituant (et le législateur) de 1946 estimait que l'énergie devait être nationalisée constitue un fait historique indéniable, on rappellera simplement que le seul interprète authentique de la Constitution, sous la V^{ème} République, est la Cour constitutionnelle et non l'auteur de la norme constitutionnelle.

Le Conseil a néanmoins produit une réserve lorsqu'il a conclu à la constitutionnalité de la privatisation de GDF (cons. 26). Les deux directives communautaires préconisaient en effet l'ouverture à la concurrence des marchés du gaz et de l'électricité au 1^{er} juillet 2007 et la loi déferée ne mettait fin au monopole de GDF qu'à partir de cette date (articles 3 et 44). Le Conseil a estimé, de ce fait, que la privatisation et donc la fusion ne pouvaient être *effective* qu'après le 1^{er} juillet 2007 (cf. *supra*). Entre la date de promulgation de la loi le 9 décembre 2006 et le 1^{er} juillet 2007, GDF reste donc un service public national. Déjà, le report du conseil d'administration de GDF par la Cour d'appel de Paris avait sérieusement contrecarré le projet du Gouvernement d'effectuer la fusion vers la fin du premier trimestre 2007²⁵ ; la précipitation qui semble avoir conduit la rédaction de cette loi se trouve donc sanctionnée moins sur le fond que sur les détails d'application de la privatisation.

R. D.

²⁵ CA Paris, 21 novembre 2006, *Société Gaz de France contre Comité d'entreprise européen GDF*.