

Commentaire de la décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006

Loi relative au secteur de l'énergie

Adoptée le 8 novembre 2006 après avoir été examinée selon la procédure d'urgence, la loi relative au secteur de l'énergie vise, outre à privatiser Gaz de France (afin de permettre sa fusion avec Suez), à transposer complètement les directives communautaires sur l'ouverture à la concurrence du marché de l'énergie au 1^{er} juillet 2007, transposition qui permettra à tous les consommateurs (et non plus seulement aux consommateurs dits « éligibles ») de choisir librement leur fournisseur de gaz et d'électricité.

Le Conseil constitutionnel a été saisi de deux recours à l'encontre de ce texte, l'un émanant de plus de soixante députés (enregistré le 13 novembre), l'autre de plus de soixante sénateurs (enregistré le lendemain).

Ils ne mettaient en cause que son article 39, relatif au transfert de GDF au secteur privé, l'un des seuls à ne pas être lié à la transposition des directives communautaires sur l'ouverture à la concurrence du secteur de l'énergie (voir en particulier la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel communautaire).

Le Conseil constitutionnel a cependant examiné d'office la compatibilité de l'article 17 de loi déferée (relatif aux tarifs réglementés) avec les « directives énergie ».

I. L'article 17 est-il manifestement incompatible avec les directives communautaires sur l'ouverture à la concurrence du secteur énergie?

La question du maintien des tarifs réglementés était évoquée par les requérants à propos de la conformité de la privatisation de GDF au neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

Mais elle se posait également en droit communautaire et, par ricochet, constitutionnel, et ce, tant pour l'électricité que pour le gaz.

A. Jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la transposition des directives communautaires

Sa jurisprudence la plus récente ¹ habilite le Conseil constitutionnel à vérifier que le législateur français ne s'est pas soustrait à son devoir de transposition d'une directive communautaire, tout en subordonnant une censure à l'incompatibilité manifeste de la loi de transposition avec la directive à transposer.

Rappelons le fondement de cette solution.

La transposition du droit communautaire en droit interne a été qualifiée d'exigence constitutionnelle par le Conseil en raison des termes mêmes du premier alinéa de l'article 88-1: « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences. »

La violation des objectifs de la directive par la loi de transposition n'échapperait à la critique de constitutionnalité que dans le cas exceptionnel où ils seraient contraires à l'identité constitutionnelle de la France, c'est-à-dire à des règles inhérentes à notre ordre constitutionnel, notion dont la jurisprudence de l'été 2004² rendait compte par l'expression « dispositions expresses de la Constitution » ou « dispositions spécifiques de la Constitution » et que l'article I-5 du traité établissant une Constitution pour l'Europe formulait dans les termes suivants: « l'Union respecte l'identité nationale des États membres inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ».

Il en résulte qu'il appartient au Conseil constitutionnel saisi, dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution, d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller à ce que le législateur se soumette à l'exigence constitutionnelle définie ci-dessus.

Toutefois, le contrôle qu'exerce le Conseil constitutionnel quant au respect de cette exigence par le législateur rencontre deux limites.

En premier lieu, sauf à ce que le constituant y ait consenti, la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

En second lieu, s'il y avait doute sur la portée d'une directive, le Conseil constitutionnel, devant statuer avant la promulgation de la loi et dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, ne pourrait saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne.

Il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement contraire à la directive qu'elle a pour objet de transposer.

Par ailleurs, la décision du Conseil concluant à l'absence d'« erreur de transposition manifeste » est rendue sans préjudice de la position des juridictions nationales et de celle de la CJCE quant à la conformité de la loi examinée au droit communautaire originaire et dérivé.

B. Qu'en était-il en l'espèce en ce qui concerne le maintien des tarifs réglementés dans le secteur de l'énergie?

Le maintien de tarifs réglementés posait problème du point de vue communautaire et ce, tant pour l'électricité que pour le gaz.

Pour bien le comprendre, il faut:

- exposer ce que sont les tarifs réglementés et ce qu'y change la loi déferée (1),
- identifier les conflits potentiels de ce dispositif avec le droit communautaire (2),
- puis s'interroger sur l'existence d'une incompatibilité manifeste (3).

1) Les tarifs réglementés

La problématique étant la même pour l'électricité et pour le gaz, on ne la détaillera que pour ce dernier.

Le mode de fixation des prix du gaz résulte de la loi du 3 janvier 2003.

Celle-ci distingue entre les clients ayant exercé leur éligibilité et les autres. Cette seconde catégorie inclut les clients aujourd'hui non-éligibles (clients domestiques ou « résidentiels ») et les clients éligibles qui n'ont pas exercé leur éligibilité.

L'article 4 de la loi du 3 janvier 2003 prévoit que: « Lorsqu'un client éligible n'exerce pas, pour un site, le droit de se fournir auprès d'un fournisseur de son choix ouvert par l'article 3, il conserve, pour ce site, le contrat en vigueur à la date à laquelle il devient éligible. Sans préjudice des stipulations relatives au terme de ce contrat, ses clauses tarifaires se voient, le cas échéant, appliquer les mêmes évolutions que celles applicables aux tarifs de vente de gaz aux clients non éligibles. » C'est le principe de « l'éligibilité non forcée ».

Le prix payé par les clients qui ont exercé leur éligibilité résulte des seules stipulations des contrats qu'ils concluent avec leurs fournisseurs. Autrement dit, l'exercice de l'éligibilité entraîne, *ipso facto*, la perte du bénéfice du tarif réglementé.

En application du troisième alinéa du I du même article 7, le tarif réglementé est fixé par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie, sur avis (et non sur proposition) de la Commission de régulation de l'énergie (CRE).

La loi déferée maintient le tarif réglementé malgré la disparition des clients non éligibles.

Mais elle allait plus loin en reconstituant un retour au tarif réglementé pour les clients domestiques qui déménageaient ou changeaient de situation personnelle.

En effet, dans leur rédaction issue de l'article 17 de la loi déferée, les I et II de l'article 66-1 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique étaient ainsi rédigés:

« I. – Un consommateur final non domestique de gaz naturel bénéficie des tarifs réglementés de vente de gaz naturel mentionnés à l'article 7 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie pour la consommation d'un site pour lequel il n'utilise pas de la faculté prévue à l'article 3 de la même loi, à la condition qu'il n'ait pas été fait précédemment usage de cette faculté, pour ce site, par ce consommateur ou par une autre personne.

II. – Un consommateur final domestique de gaz naturel bénéficie, pour un site, des tarifs réglementés de vente de gaz naturel s'il n'a pas lui-même fait usage pour ce site de la faculté prévue à l'article 3 précité. »

Le III du nouvel article 66-1 développait cette obligation de fourniture au tarif réglementé non limitée à la poursuite des contrats en cours au 1^{er} juillet 2007.

Dans la rédaction que lui donnait l'article 17 de la loi déferée, l'article 66 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 comportait des dispositions analogues pour l'électricité.

Cette pérennisation des tarifs réglementés posait problème au regard de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel sur l'exigence de transposition des directives communautaires.

Le maintien du tarif réglementé ne constituait-il pas en effet une « erreur manifeste de transposition » des « directives énergie », violant par là même l'article 88-1 de la Constitution?

2) Conflits potentiels avec le droit communautaire

Les directives communautaires sur l'ouverture à la concurrence du secteur de l'énergie³ n'interdisent pas explicitement le maintien d'une réglementation tarifaire.

Toutefois, comme l'a rappelé la Commission européenne à la France dans une lettre d'observations du 4 avril 2006, une telle réglementation tarifaire nationale est étroitement encadrée par le droit communautaire:

- le principal objectif des « directives énergie » étant le développement d'un marché intérieur concurrentiel, leur transposition doit garantir, outre le libre choix du fournisseur par le client, que le prix puisse être fixé librement dans un cadre contractuel;
- les directives autorisent certes les États membres, dans le respect de l'article 86 du traité, à imposer aux entreprises des obligations de service public qui peuvent notamment porter sur les prix. Mais cela signifie *a contrario* qu'une réglementation tarifaire n'est admissible que si elle est rendue strictement nécessaire à une exigence précise de service public;
- la notion de marché concurrentiel du gaz figure explicitement au nombre des objectifs généraux de la directive n° 98-30 dont le 2 de l'article 9 dispose: « Les États membres peuvent obliger les entreprises de distribution et/ou les entreprises de fourniture à approvisionner les clients situés dans une zone donnée ou appartenant à une certaine catégorie ou présentant ces deux caractéristiques à la fois. La tarification de ces approvisionnements peut être réglementée, par exemple pour assurer aux clients concernés l'égalité de traitement. » C'est seulement dans le cadre des obligations qui peuvent être faites aux fournisseurs (en général) de servir certains clients (en particulier) qu'une réglementation tarifaire peut être adoptée;
- s'agissant de l'électricité, la notion de marché concurrentiel est affirmée par le 1° de l'article 3 de la directive 2003/54/CE du 26 juin 2003. Le 2 du même article permet, certes, d'imposer un certain nombre d'obligations de service public, mais, là encore, dans le respect de l'article 86 du traité.

Il apparaît donc que la libre fixation du prix est la règle, une réglementation tarifaire n'étant admissible que si elle est justifiée par des obligations de service public dans le cadre tracé par l'article 86 du traité.

Or la Commission estime d'ores et déjà que le maintien du tarif réglementé au-delà du 1^{er} juillet 2007 dans le cas du gaz (le raisonnement étant transposable à l'électricité) méconnaît l'article 86 du traité (et donc la directive) pour trois raisons:

- le champ d'application du dispositif est trop large et trop permanent, le tarif réglementé s'appliquant sans limite de temps et un trop grand nombre de consommateurs pouvant en bénéficier;
- le mode de fixation du tarif réglementé n'est assez clairement lié ni aux charges réelles (inclut-il la rémunération des capitaux investis?), ni au prix du marché: il pourrait donc conduire à un niveau de « dumping » créant un obstacle à la concurrence;
- ce tarif sera servi hors appel à la concurrence et, de facto, par les seuls opérateurs historiques.

3) Y a-t-il incompatibilité manifeste avec les directives?

Il n'y aurait pas incompatibilité manifeste si le nombre de clients disposant d'un droit à bénéficier du tarif réglementé diminuait avec le temps. On pourrait alors en effet estimer que, même au-delà de l'échéance du 1^{er} juillet 2007, la loi peut encore instituer, pour la commodité des clients, une sorte de « sifflet », nouvelle période transitoire certes non prévue par les directives, mais au terme de laquelle l'objectif de concurrence sera pleinement réalisé.

C'est le cas pour les clients non domestiques, puisque, sur un même site, l'exercice de l'éligibilité par une entreprise privée de ce droit celle qui lui succédera.

Mais tel n'était pas le cas des clients domestiques, puisqu'il leur aurait suffi de déménager pour se voir réouvrir ce droit (même s'ils avaient fait jouer l'éligibilité sur leur précédent site et même si l'occupant antérieur de leur nouveau logement avait fait jouer cette éligibilité).

Les dispositions des III des articles 66 et 66-1 de la loi du 13 juillet 2005, dans leur rédaction issue de l'article 17 de la loi déferée accusaient encore le trait:

- en imposant aux opérateurs historiques, sur les nouveaux sites, la fourniture au tarif réglementé tant aux ménages qu'aux petites entreprises;
- et en réputant le tarif réglementé applicable à tout client de EDF ou GDF qui n'y a pas renoncé expressément.

Autrement dit, la population des clients à laquelle l'opérateur historique devait appliquer le tarif réglementé n'aurait pas été en voie d'extinction.

Il y avait donc lieu de censurer, comme manifestement incompatibles avec les directives « énergie », les dispositions de l'article 17 de la loi déferée qui imposaient une obligation de tarif réglementé non limitée à la continuation des contrats en cours au 1^{er} juillet 2007 et non justifiée par la poursuite d'un objectif de service public précis, à savoir:

- pour l'électricité, les mots « non domestique » figurant au I du nouvel article 66 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005, ainsi que les II et III du même article;
- pour le gaz, les mots « non domestique » figurant au I du nouvel article 66-1 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005, ainsi que les II et III du même article.

II. La privatisation de GDF est-elle contraire au Préambule de 1946?

L'article 39 autorise le transfert de GDF au secteur privé. À cet effet, il prévoit que la part minimale de l'État dans le capital de cette entreprise, fixée à 70 % par l'article 24 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 (relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières), est abaissée au tiers.

Les requérants estimaient l'article 39 contraire au neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, aux termes duquel:

« 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. »

Ces termes mêmes conduisent à se poser, à propos de Gaz de France, les deux questions suivantes:

- Gaz de France exploite-t-il un « monopole de fait »?
- Gaz de France exploite-t-il un « service public national »?

A) Gaz de France exploite-t-il un « monopole de fait » au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946?

Cette notion a été explicitée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 (loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, cons. 55).

Elle doit s'entendre « compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent dans ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises ».

En outre: « On ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités. »

Selon cette jurisprudence, une entreprise est en situation de monopole de fait si:

- d'une part, les secteurs d'activité sur lesquels elle détient une position exclusive ou prépondérante occupent une place importante et non substituable dans l'économie nationale;
- d'autre part, ces secteurs d'activité représentent la majeure part de son activité globale.

La notion de marché à laquelle se réfère implicitement le Conseil constitutionnel pour l'application du neuvième alinéa du Préambule de 1946 est beaucoup plus large que celle de « marché pertinent » retenue par le Conseil de la concurrence pour l'application du droit de la concurrence.

Ainsi, dans sa décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, le Conseil constitutionnel n'a pas suivi les requérants qui, contestant la présence de Thomson, Bull et Rhône-Poulenc dans la liste des entreprises à privatiser annexée à la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986, faisaient valoir:

- que la première de ces entreprises était l'unique producteur français d'ensembles électroniques destinés aux armées;
- que la deuxième construisait de grands calculateurs sans équivalent national;
- et que la troisième contrôlait l'institut Mérieux, seul à élaborer certains vaccins obligatoires.

De même, s'agissant de la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, le Conseil note-t-il que « si les textes en vigueur réservent à la Caisse nationale la distribution de prêts bonifiés destinés à l'agriculture, il existe également des prêts bonifiés destinés à d'autres secteurs et dont la distribution relève d'autres organismes; que, d'ailleurs, si la distribution des prêts bonifiés constitue une activité importante de la Caisse nationale, elle est loin d'être l'activité unique; que, par suite, les dispositions de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 relatives aux monopoles de fait ne s'opposent point au transfert de la Caisse nationale au secteur privé »⁴.

Qu'en était-il en l'espèce?

Pour répondre à cette question, il convient de mobiliser plusieurs éléments de droit et de fait:

- l'article 62 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, qui a complété l'article 1^{er} de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 modifiée sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, dispose que « les monopoles d'importation et d'exportation du gaz sont supprimés »;

- il résulte de l'article 8 de la loi du 8 avril 1946, dans sa rédaction résultant d'une loi du 2 août 1949, que les activités de production et de transport de gaz naturel sont exclues de la nationalisation et sont ouvertes à tout opérateur, dans les conditions prévues par les dispositions régissant ces activités;
- il en va de même des activités de stockage et d'exploitation d'installations de gaz naturel liquéfié;
- Gaz de France ne dispose pas non plus du monopole de la distribution du gaz sur l'ensemble du territoire national, dès lors, d'une part, que l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 maintient l'existence de distributeurs non nationalisés et, d'autre part, que l'article 25-1 de la loi du 3 janvier 2003 (créé par le I de l'article 89 de la loi du 13 juillet 2005) ouvre aux communes (ou à leurs établissements publics de coopération) qui ne disposent pas de réseau public de distribution de gaz naturel, ou dont les travaux de desserte ne sont pas en cours de réalisation au 14 juillet 2005, la possibilité de concéder la distribution publique de gaz à toute entreprise agréée, à un établissement public existant ou à une société d'économie mixte existante;
- en vertu de l'article 3 de la loi du 3 janvier 2003, les utilisateurs de gaz autres que les clients domestiques peuvent s'adresser au fournisseur de gaz de leur choix;
- en application de la directive communautaire du 26 juin 2003, l'article 3 de la loi déferée met fin, à compter du 1^{er} juillet 2007, à tout monopole de fourniture de gaz, y compris pour les clients domestiques;
- s'agissant des données de fait, d'autres opérateurs que Gaz de France détiennent, aujourd'hui, une part de marché notable en matière de transport, de stockage et de fourniture de gaz aux clients éligibles. Il en est ainsi de Total, pour le transport, dans le sud ouest de la France;
- si Gaz de France conserve un rôle prépondérant dans l'exploitation des installations de gaz naturel liquéfié et dans la distribution du gaz, ces activités sont désormais soumises à des règles garantissant que cette exploitation s'exercera dans des conditions non discriminatoires à l'égard des autres fournisseurs de gaz.

En conclusion, Gaz de France ne saurait être regardé comme exploitant un monopole de fait au sens du neuvième alinéa précité du Préambule de la Constitution de 1946.

B. Gaz de France exploite-t-il un « service public national » au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946?

La notion de « service public national » est moins claire que celle de « monopole de fait ».

Les débats de 1946 et la jurisprudence permettent toutefois de l'éclairer (1) et de l'appliquer au cas d'espèce (2).

1) La notion de service public national au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946

a) Les débats de 1946

Le projet initial envisageait la collectivisation de tout « service public ». Pour répondre aux critiques, l'adjectif « national » est ajouté par le rapporteur, Pierre Cot, le 21 mars 1946⁵: « Il ne saurait être question de nationaliser le service de l'autobus qui fait le trajet entre deux localités et qui constitue simplement un service régional ou local. »

b) La jurisprudence du Conseil constitutionnel

Elle distingue, parmi les services publics nationaux, ceux qui, pour des raisons constitutionnelles, sont par nature insusceptibles de privatisation et les autres.

- Les services publics constitutionnels

Le Conseil constitutionnel n'en a jamais dressé expressément la liste, se bornant à les identifier par le fait que leur nécessité « découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle ⁶ ».

Ainsi, ne sont pas des services publics constitutionnels:

- l'activité bancaire ⁷;
- la distribution de prêts bonifiés ⁸;
- la communication audiovisuelle ⁹;
- les télécommunications ¹⁰;
- l'électricité et le gaz ¹¹.

Sont « services publics constitutionnels », pour l'essentiel, les services publics « régaliens » tels que la justice, la défense, la diplomatie et la police.

- Les services publics autres que constitutionnels

Leur création est laissée à l'appréciation du législateur ou du pouvoir réglementaire ¹² :

« Considérant que, si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas; qu'il suit de là que le fait qu'une activité ait été érigée en service public par le législateur sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse, comme l'entreprise qui en est chargée, l'objet d'un transfert au secteur privé. »

Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré, le 5 août 2004 ¹³, « qu'en maintenant aux sociétés nouvellement créées les missions de service public antérieurement dévolues aux personnes morales de droit public Électricité de France et Gaz de France dans les conditions prévues par les lois du 8 avril 1946, du 10 février 2000 et du 3 janvier 2003 susvisées, le législateur a confirmé leur qualité de services publics nationaux ».

Il avait jugé la même chose pour France Télécom en 1996 ¹⁴. Depuis, une loi, qui ne lui a pas été soumise, a procédé à une privatisation ¹⁵.

Dès lors que les services publics nationaux sont considérés comme tels par le législateur « à raison de leurs formes, de leur amplitude et de leurs finalités », il revient au Conseil constitutionnel de vérifier si le législateur les a effectivement privés, avant de les privatiser, des « caractéristiques d'un service public national » ¹⁶.

c) La jurisprudence du Conseil d'État

Dans un avis particulièrement topique du 11 mai 2006 ¹⁷, l'assemblée générale du Conseil d'État estime qu'est un service public national par la volonté du législateur, au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946, un service public dont l'organisation a été fixée au niveau national par la loi et qui a été confié par le législateur à une seule entreprise.

De même, la décision *Bayrou, association des usagers des autoroutes publiques de France et autres* ¹⁸ juge que n'est pas un service public national au sens du Préambule de 1946 le système des autoroutes publiques dès lors qu'aucune des sociétés en présence ne détient de monopole national.

2) *Qu'en est-il en l'espèce?*

a) Tout d'abord, on ne voit pas quelle exigence constitutionnelle obligerait à ériger en service public national l'activité de Gaz de France ou telle composante essentielle de cette activité. Implicitement jugée par la décision du 5 août 2004, cette solution se rattache au constat du caractère non régalien de ces activités.

b) Reste la qualification de service public national par la volonté du législateur.

Comment reconnaître la volonté du législateur de confier à une entreprise un service public national, à défaut, comme en l'espèce, de trouver dans les textes une qualification explicite en ce sens?

À l'instar du Conseil d'État dans son avis et son arrêt précités, le Conseil constitutionnel juge qu'est un service public national par la volonté du législateur, au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946, un service public dont l'organisation a été fixée au niveau national par la loi et qui a été confié par le législateur à une seule entreprise.

La nécessité d'un lien d'exclusivité entre un service public national et une entreprise, pour conclure à l'existence d'un service public national au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946, peut sembler redondante par rapport à la première condition posée (l'entreprise exploite-t-elle un monopole de fait?). Elle découle cependant des termes mêmes du Préambule.

Il n'y a donc pas de service public national au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946 là où plusieurs opérateurs concurrents interviennent certes dans un secteur d'activité d'intérêt national et soumis par les pouvoirs publics nationaux à des obligations de service public ou d'intérêt général, mais sans qu'aucun ne se voie confier l'exclusivité de ce service.

L'activité ainsi régie est bien un service public national, mais – en l'absence de monopole – aucune des entreprises qui y concourent n'exploite à elle seule un service public national.

Cette définition du service public national au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946, par détermination législative, explique que, dans sa décision de 2004, le Conseil constitutionnel ait pu juger « qu'en maintenant aux sociétés nouvellement créées les missions de service public antérieurement dévolues aux personnes morales de droit public Électricité de France et Gaz de France dans les conditions prévues par les lois du 8 avril 1946, du 10 février 2000 et du 3 janvier 2003 susvisées, le législateur a confirmé leur qualité de services publics nationaux » et a été conduit à vérifier, conformément au neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, qu'était garantie la participation majoritaire de l'État ou d'autres entreprises ou organismes appartenant au secteur public dans le capital de ces sociétés.

C'est qu'en effet, sous l'empire de la législation antérieure à la loi déferée, Gaz de France disposait encore (à côté des distributeurs non nationalisés) d'une exclusivité de fourniture de gaz naturel aux clients domestiques.

Or ce dernier élément de monopole disparaît avec la loi déferée puisque, comme il a été dit, elle y met fin à compter du 1^{er} juillet 2007, en application du droit communautaire.

c) La loi déferée, combinée aux dispositions législatives antérieures non modifiées par cette loi, soumettent Gaz de France, comme les autres opérateurs intervenant sur les divers segments du secteur du gaz naturel, à des obligations de service public propres aux caractéristiques de chacune des activités concernées.

Il en est ainsi notamment de l'accès aux réseaux, du stockage ou de la tarification.

De même, l'obligation de péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution « à l'intérieur de la zone de desserte de chaque gestionnaire » s'impose non seulement à Gaz de France, mais aussi aux distributeurs non nationalisés, étant noté de surcroît que l'activité de distribution du gaz naturel constitue un service public local et non national.

Les obligations de service public instituées par la législation sur le secteur du gaz pèsent désormais sur tous les opérateurs placés dans la même situation (distributeurs, transporteurs, fournisseurs...), de telle sorte que, s'il y a encore un service public du gaz naturel organisé au niveau national par le législateur, ce service public est confié non plus à titre exclusif à une seule entreprise, mais à une pluralité d'opérateurs concurrents soumis aux mêmes contraintes à situation identique.

GDF cesse donc d'être un « service public national » au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946.

d) La pérennisation d'un tarif réglementé à la seule charge de l'opérateur historique n'était-elle pas toutefois de nature, comme le soutenaient les requérants, à conserver à GDF, au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946, le caractère de « service public national » par détermination législative?

La censure partielle de l'article 17 rendait l'interrogation sans objet.

e) Il ressortait de tout ce qui précède que Gaz de France ne constituait pas, par la volonté du législateur, un service public national au sens du neuvième alinéa précité du Préambule de 1946.

Se posait cependant le problème de la situation transitoire: la fusion projetée entre les sociétés GDF et Suez pouvait-elle prendre effet avant le 1^{er} juillet 2007, date de la fin de l'exclusivité de fourniture de gaz naturel aux clients domestiques par GDF et les DNN?

Certes, la notion de « monopole de fait », au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946, renvoie à une situation durable ¹⁹. Une circonstance passagère, plaçant momentanément une entreprise en situation de monopole, ne saurait en effet entraîner sa nationalisation. Mais cette approche n'est pas transposable à la notion de service public national, puisque c'est ici le droit et non le fait qui permet de qualifier l'entreprise.

Si le Préambule de 1946 ne s'oppose pas à ce que soit transférée au secteur privé une entreprise constituant, lors de son transfert, un « monopole de fait », dès lors que, quelques mois après ce transfert, elle perdra nécessairement ce caractère monopolistique pour des raisons objectives, il n'en va pas de même d'une entreprise constituant un service public national. Une telle entreprise ne peut être privatisée qu'après disparition de la règle juridique qui en faisait jusque là un service public national.

En conséquence, le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation selon laquelle la privatisation ne pouvait produire ses effets avant la 1^{er} juillet 2007, puisque c'est seulement à cette date que GDF, perdant l'exclusivité de la fourniture des ménages, cessera d'être un service public national au sens du Préambule de la Constitution de 1946.

III. La privatisation de GDF porte-t-elle atteinte à d'autres exigences constitutionnelles que celle énoncée au neuvième alinéa du Préambule de 1946?

Les requérants invoquaient trois exigences à cet égard:

- la continuité des services publics;
- la libre administration des collectivités territoriales;

– la liberté contractuelle.

A. La continuité des services publics

Il s'agit là en effet d'un principe de valeur constitutionnelle ²⁰.

Mais, en l'espèce, le législateur a pris les précautions idoines pour assurer cette continuité.

Comme il ressort notamment de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003, le législateur a d'abord imposé aux divers opérateurs du secteur gazier, notamment GDF, des obligations strictes, assorties de contrôles et de sanctions, en matière d'approvisionnement, de stockage, de transport, de raccordement aux réseaux de distribution et de fourniture.

L'État conservera ses prérogatives en matière de définition des missions de service public et de contrôle de leur bonne exécution, d'organisation du marché et de mise en place du cadre réglementaire.

Qui plus est, le législateur a introduit un dispositif de contrôle interne – l'action spécifique (*golden share*) – en vue de préserver les intérêts essentiels de la France dans le secteur de l'énergie, et notamment la continuité et la sécurité d'approvisionnement en énergie.

À cet effet, en vertu de l'article 24-1 inséré par l'article critiqué dans la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, un décret prononce la transformation d'une action ordinaire de l'État au capital de Gaz de France en une action spécifique régie, notamment en ce qui concerne les droits dont elle est assortie, par les dispositions de l'article 10 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations.

Rappelons qu'aux termes du 3° du I de ce dernier article, l'action spécifique permet en particulier à l'État de s'opposer « aux décisions de cession d'actifs ou de certains types d'actifs de la société ou de ses filiales ou d'affectation de ceux-ci à titre de garantie, qui sont de nature à porter atteinte aux intérêts nationaux ».

Nous sommes très proches, avec de tels mécanismes, des procédures que le Conseil avait regardées comme propres à garantir la continuité du service public dans l'affaire d'*Aéroports de Paris* ²¹.

Il est par ailleurs implicite, comme le relèvent les requérants eux-mêmes, qu'en cas de circonstances exceptionnelles, les autorités compétentes de l'État pourront, en tant que de besoin, procéder, dans le cadre de leurs pouvoirs de police administrative ou en vertu des dispositions du code de la défense, à toute réquisition de personnes, de biens et de services ²².

B. Le respect de la libre administration des collectivités territoriales

Il résulte des dispositions combinées des articles 1^{er} et 3 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, ainsi que, *a contrario*, de l'article 25-1 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 et du III de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales, que les concessions de distribution publiques de gaz ne peuvent être confiées qu'à GDF dans sa zone de desserte historique (ou aux distributeurs non nationalisés dans leur propre zone d'activité). Ce n'est qu'en dehors de ces zones que les communes ou leurs groupements recouvrent le libre choix de leur concessionnaire.

Les requérants estimaient que la libre administration des collectivités territoriales, protégée par l'article 72 de la Constitution, ne saurait être pareillement restreinte que si le concessionnaire obligé est une entreprise publique.

Toutefois, une autre considération justifie la limitation de la libre administration des collectivités territoriales induite, nonobstant le transfert de GDF au secteur privé, par le maintien des droits exclusifs de ce dernier dans sa zone de desserte historique.

Il s'agit de la nécessité d'assurer la cohérence du réseau actuel géré par GDF, constitué de plus de 6000 concessions, et la permanence du tarif de péréquation des tarifs de distribution de GDF dans l'ensemble de sa zone de desserte.

L'intérêt général qui s'attache à la cohérence du réseau et à cette péréquation doit être mis en balance avec la contrainte imposée aux communes et à leurs groupements.

En maintenant ces droits exclusifs, le législateur n'a donc pas méconnu le devoir qui est le sien de concilier des exigences constitutionnelles concurrentes.

C. La liberté contractuelle

Si la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel a reconnu à la liberté contractuelle, sur le fondement des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789, pleine valeur constitutionnelle²³, le grief se présentait comme un simple corollaire du précédent. Il appelait la même réponse.

1. Cons. 28 de la déc. n° 2006-535 DC du 30 mars 2006; cons. 17 à 20 de la déc. n° 2006-540 DC du 27 juill. 2006.
2. Déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, cons. 7; déc. n° 2004-497 DC du 1^{er} juill. 2004, cons. 18; déc. n° 2004-498 DC du 29 juill. 2004, cons. 4; déc. n° 2004-499 DC du 29 juill. 2004, cons. 7 et 8.
3. Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE; directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 96/30/CE.
4. Déc. n° 87-232 DC du 7 janv. 1988, cons. 31.
5. *Annales de l'Assemblée nationale constituante* élue le 21 octobre 1945, tome III, p. 969.
6. Déc. n° 86-207 DC du 26 juin 1986, cons. 53.
7. Déc. n° 86-207 DC du 26 juin 1986, cons. 54.

8. Déc. n° 87-232 DC du 7 janv. 1988, cons. 30.
9. Déc. n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, Loi relative à la liberté de communication, cons. 45.
10. Déc. n° 96-380 DC du 23 juill. 1996, cons. 4.
11. Déc. n° 2004-501 DC du 5 août 2004, cons. 14.
12. Déc. n° 86-207 DC du 26 juin 1986, cons. 53.
13. Déc. n° 2004-501 DC du 5 août 2004, cons. 14.
14. Déc. n° 96-380 DC du 23 juill. 1996, cons. 4.
15. Loi n° 2003-1365 du 31 déc. 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, art. 7.
16. O. Schrameck, *AJDA* 1996, p. 696.
17. N° 372040, avis relatif à l'évolution de la participation de l'État au capital de Gaz de France.
18. Sect., 27 sept. 2006, aux conclusions d'Emmanuel Glaser.
19. Déc. n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, cons. 55.

20. Par ex.: déc. n° 79-105 DC du 25 juill. 1979, cons. 1; n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, cons. 78; n° 87-228 DC du 26 juin 1987, cons. 5; n° 87-230 DC du 28 juill. 1987, cons. 7; n° 94-346 DC du 21 juill. 1994, cons. 5 et 12; n° 96-380 DC du 23 juill. 1996, cons. 6; n° 2003-480 DC du 31 juill. 2003, cons. 3 à 7; n° 2004-501 DC du 5 août 2004, cons. 15; n° 2005-513 DC du 14 avr. 2005, cons. 2 à 7.

21. Déc. n° 2005-513 DC du 14 avr. 2005, cons. 5.

22. Déc. n° 2005-513 DC du 14 avr. 2005, cons. 6.

23. Déc. n° 2000-437 DC du 19 déc. 2000, cons. 37; n° 2002-465 DC du 13 janv. 2003, cons. 4; n° 2003-487 DC du 18 déc. 2003, cons. 27 et 28; n° 2004-490 DC du 17 févr. 2004, cons. 93 et 94; n° 2004-497 DC du 1^{er} juill. 2004, cons. 20.