

**Commentaire de la décision n° 2004-501 DC du 5 août 2004**

Loi relatif au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières

Le 27 juillet 2004, le Conseil constitutionnel a été saisi par plus de soixante députés et par plus de soixante sénateurs de la loi « *relative au service public de l'électricité et du gaz, et aux entreprises électriques et gazières* ».

Etaient mis en cause les articles 1<sup>er</sup>, 4, 6, 7, 9, 10, 17, 24 et 47.

I. Les « contrats de missions de service public » (article 1<sup>er</sup>)

En vertu de l'article 1<sup>er</sup> de la loi déferée, les objectifs et les modalités de mise en oeuvre des missions de service public assignées à Electricité de France et à Gaz de France « *font l'objet* » d'un contrat avec l'Etat.

Le même article (treizième alinéa) prévoit que l'Etat « *peut* » conclure avec les autres entreprises du secteur de l'électricité et du gaz assurant des missions de service public des contrats précisant lesdites missions.

Selon les requérants, la conclusion de « *contrats de missions de service public* » devait s'imposer également aux opérateurs privés et publics. Leur caractère facultatif était constitutif, à leurs yeux, d'« *une violation des principes d'égalité et de continuité du service public* ».

Cette argumentation méconnaissait la réalité du secteur de l'électricité et du gaz en France et attribuait une portée inexacte au mot « *peut* » figurant au treizième alinéa de l'article critiqué.

1) Les missions de service public de ce secteur sont essentiellement assurées par Electricité de France (EDF) et Gaz de France (GDF). Les autres opérateurs participant à leur exécution ne sont pas placés dans une situation comparable. Le législateur pouvait dès lors traiter de façon spécifique ces deux entreprises s'agissant de la conclusion d'un contrat précisant leurs missions de service public.

Ces nouveaux contrats se substitueront aux contrats prévus à l'article 140 de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, qui avaient eux-mêmes remplacé les « *contrats de plan* » institués par la loi portant réforme de la planification du 29 juillet 1982, ainsi que les contrats prévus par la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995.

2) Quant aux autres opérateurs, la décision de l'Etat de conclure ou non avec eux un contrat précisant les modalités de mise en oeuvre des missions de service public prendra en compte l'importance de ces entreprises ainsi que la nature des missions qui leur sont confiées.

Cette décision devra évidemment reposer non sur le caprice du prince mais sur des critères objectifs et rationnels.

Dans ces conditions, le principe d'égalité n'est pas davantage méconnu au sein des entreprises privées du secteur.

3) En tout état de cause, la non conclusion avec l'Etat de contrats de missions de service public par les opérateurs privés participant au service public ne les exonérerait ni des obligations de service public qui s'imposent sans texte (continuité etc.), ni des dispositions législatives et clauses des concessions de service public local qui leur sont applicables.

## II) Contrats passés entre le gestionnaire du « réseau public de transport » et certains fournisseurs et clients particuliers (article 4).

L'article 4 de la loi déferée complète l'article 15 de la loi du 10 février 2000 susvisée par les deux alinéas suivants :

*« Le gestionnaire du réseau public de transport peut conclure des contrats de réservation de puissance avec les consommateurs raccordés au réseau public de transport, lorsque leurs capacités d'effacement de consommation sont de nature à renforcer la sûreté du système électrique, notamment dans les périodes de surconsommation. Les coûts associés sont répartis entre les utilisateurs du réseau et les responsables d'équilibre dans le cadre du règlement des écarts.*

*La totalité de la puissance non utilisée techniquement disponible sur chacune des installations de production raccordées au réseau public de transport est mise à disposition du gestionnaire de ce réseau par les producteurs dans leurs offres sur le mécanisme d'ajustement. Le ministre chargé de l'énergie peut demander aux producteurs de justifier que leurs installations de production ne sont pas disponibles techniquement ».*

Le même article habilite le ministre chargé de l'énergie à sanctionner les producteurs qui ne respecteraient pas l'obligation de mise à disposition de la puissance non utilisée.

Les députés requérants soutenaient que ces dispositions méconnaissent le principe de continuité du service public.

Il résulte cependant des termes mêmes des dispositions précitées qu'elles ont pour objet, en période de surconsommation ou de sous-production d'énergie électrique, d'assurer la sécurité de l'approvisionnement et de maintenir la qualité du service rendu en incitant certains utilisateurs à réduire leur consommation ou en obligeant les producteurs à mettre à la disposition du gestionnaire du réseau la totalité de la puissance dont ils disposent mais qu'ils n'utilisent pas.

Loin de porter atteinte à la continuité du service public, l'article contesté a pour objet de la conforter.

Le grief invoqué manquait dès lors en fait.

## III. Le changement de statut (articles 6, 7, 9, 10 et 24)

Manquait pareillement en fait l'argumentation visant les articles 6, 7, 9, 10 et 24 de la loi, qui réaménagent les structures de EDF et GDF en transformant ces établissements en sociétés et en créant des sociétés gestionnaires des réseaux de transport d'électricité et de gaz.

L'article 6 de la loi déferée fixe les règles tendant à assurer l'indépendance des organes de direction des sociétés gestionnaires des réseaux de transport d'électricité ou de gaz par rapport aux entreprises exerçant des activités de production ou de fourniture de ces énergies.

L'article 7 confère au gestionnaire du réseau de transport d'électricité la forme de société anonyme dont le capital est détenu par l'Etat, par EDF ou par d'autres entreprises ou organismes du secteur public.

Les articles 9 et 10 déterminent les conditions de transfert à la société gestionnaire du réseau de transport d'électricité (RTE) les ouvrages et les biens liés à son activité.

L'article 24 procède quant à lui à la transformation d'Electricité de France et de Gaz de France en sociétés dont l'Etat détient plus de 70 % du capital et qui sont régies par les lois applicables aux sociétés anonymes, sauf dispositions législatives contraires.

Partant de la prémisse exacte qu'EDF et GDF constituent des services publics nationaux et que leur privatisation est donc prohibée par le neuvième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, les requérants soutenaient à tort que la loi permettait indirectement cette privatisation, qu'elle abandonnait aux organes de direction des réseaux de transport d'électricité ou de gaz le pouvoir de céder au secteur privé des actifs nécessaires au fonctionnement du service public et que cette cession spoliierait la collectivité nationale.

Aux termes du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « *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* » ; que l'article 34 de la Constitution confère au législateur compétence pour fixer « les règles concernant... les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ».

En transférant aux sociétés nouvellement créées les missions de service public antérieurement dévolues aux personnes morales de droit public Electricité de France et Gaz de France dans les conditions prévues par les lois susvisées du 8 avril 1946, du 10 février 2000 et du 3 janvier 2003, le législateur a confirmé leur qualité de services publics nationaux.

Il devait donc, conformément au neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, conserver ces sociétés dans le secteur public.

Mais c'est ce qu'il a fait en imposant que leur capital soit détenu majoritairement par l'Etat (n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, cons. 4, Rec. p. 107).

L'appartenance d'une société au secteur public résulte en effet de ce que la majorité de son capital et des droits de vote appartienne à l'Etat, à d'autres collectivités publiques ou à d'autres sociétés du secteur public (par exemple : Conseil d'Etat, Ass. 24 novembre 1978, Syndicat national du personnel de l'énergie atomique ; CE Ass. 22 décembre 1982, Comité central d'entreprise de la société d'équipement pour la navigation aérienne).

Or, l'article 24 de la loi déferée dispose expressément que l'Etat détient plus de 70% du capital social de EDF et GDF. Seule une loi ultérieure pourrait décider de revenir sur cette participation majoritaire.

De même, s'agissant de RTE (que les exigences communautaires (En dernier lieu : directive 2003-54 du 26 juin 2003) imposent de séparer d'EDF), l'article 7 de la loi déferée dispose que son capital est détenu en totalité par EDF, l'Etat ou d'autres entreprises ou organismes appartenant au secteur public. Le secteur public en possède donc la totalité du capital. Là encore, seule une loi ultérieure pourrait décider d'ouvrir le capital à d'autres actionnaires.

Par ailleurs, la loi déferée ne laisse aucunement aux organes dirigeants des sociétés gestionnaires des réseaux de transport le pouvoir discrétionnaire d'aliéner un actif nécessaire au fonctionnement du service public.

En vertu de la loi (voir, pour l'électricité, l'article 14 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité), les gestionnaires des réseaux de transport devront au contraire entretenir et développer ces réseaux, sans porter atteinte à leur consistance, laquelle est définie par la loi (voir l'article 12 de la loi du 10 février 2000).

Placés sous le contrôle du ministre chargé de l'énergie et de la Commission de régulation de l'énergie, ils se verraient interdire de céder des actifs ou des ouvrages nécessaires au bon fonctionnement, à la sécurité et la sûreté du réseau.

Aucune privatisation, ni aucune spoliation de l'Etat ne sauraient non plus résulter des articles 9 et 10 de la loi déferée.

Ces articles prévoient le transfert à RTE des ouvrages du réseau public de transport d'électricité.

La plupart des ouvrages en cause appartiennent aujourd'hui à EDF et ne relèvent pas de la domanialité publique, ainsi qu'en a jugé le Conseil d'Etat (CE Ass 23 octobre 1998, Electricité de France, Rec. p.364). Ils seront transférés à RTE par l'effet de l'article 9 de la loi.

Pour sa part, l'article 10 prévoit le transfert à RTE d'ouvrages appartenant à des collectivités territoriales ou à d'autres établissements comme la SNCF : ces ouvrages seront transférés à titre onéreux, après déclassement du domaine public lorsqu'ils en relèvent.

Aucun de ces transferts n'emportant aliénation d'actifs publics au profit de personnes privées, était inopérant le grief tiré de ce qu'ils donneraient lieu à une privatisation déguisée, qui plus est à des conditions spoliatrices pour l'Etat.

#### IV) La « dette sociale » du secteur électrique et gazier (article 17)

La réforme du financement des retraites des industries électriques et gazières, mise en place par le titre IV de la loi déferée, consiste à séparer les prestations servies par le régime de retraite des industries électriques et gazières entre :

- d'une part, des « droits de base » correspondant aux prestations qui seront versées par les régimes de droit commun dans le cadre des « conventions d'adossement » prévues à l'article 19 de la loi ;

- d'autre part, des « droits spécifiques » définis au I de l'article 17 comme les prestations du régime de retraite non couvertes par les régimes de droit commun dans le cadre de l' « adossement ».

Parmi les « droits spécifiques passés » (correspondant aux périodes validées au 31 décembre 2004 par les ressortissants, actifs et inactifs, du régime), il convient de distinguer :

- les droits des personnels travaillant dans les activités dites « régulées », c'est-à-dire les activités de transport et de distribution d'électricité et de gaz naturel, dont le tarif est fixé par l'Etat ;

- les droits des personnels travaillant dans les activités « non régulées », c'est-à-dire les activités concurrentielles de production et de commercialisation d'électricité et de gaz naturel.

Le financement des droits spécifiques « régulés » est assuré par une contribution tarifaire mise à la charge du consommateur d'énergie par l'article 18 de la loi. Ces droits ne seront pas à la charge des employeurs.

En revanche, les droits spécifiques « non régulés » restent à la charge des employeurs.

L'article 17 de la loi déferée renvoie à un décret le soin de déterminer les modalités selon lesquelles la Caisse nationale des industries électriques et gazières évalue annuellement l'ensemble des droits spécifiques du régime spécial d'assurance vieillesse des industries électriques et gazières pour les périodes validées au 31 décembre 2004, ainsi que la répartition de leur charge entre les entreprises.

Pour chaque entreprise, seront distingués les « droits spécifiques passés régulés » et les « droits spécifiques passés non régulés » selon une clé également arrêtée au 31 décembre 2004, afin de calculer les charges couvertes par la contribution tarifaire et celles restant à la charge des employeurs.

Cette clé est déterminée par l'évolution jusqu'au 31 décembre 2004 des masses salariales respectives correspondant aux deux activités (régulée et non régulée). Ainsi, pour EDF, la clé sera de 55% (activités régulées) et 45% (activités non régulées). Pour la Compagnie nationale du Rhône, la clé sera de 100% pour les activités non régulées car l'entreprise n'a jamais eu d'activité de transport et de distribution d'électricité.

Le II de l'article 17 précise que la masse salariale prise en compte pour la répartition « *est réduite de la part de la masse salariale des personnels affectés à des activités de transport et de distribution d'électricité et de gaz naturel dans la masse salariale de l'ensemble des entreprises du secteur des industries électriques et gazières* » pour :

- les producteurs liés à EDF par un contrat ou une convention mentionné au troisième alinéa de l'article 50 de la loi du 10 février 2000 (Compagnie nationale du Rhône, Société nationale d'électricité thermique, Société hydroélectrique du Midi...) ;

- les opérateurs de réseaux de chaleur (usine d'électricité de Metz, Compagnie parisienne de chauffage urbain...).

Les requérants soutenaient que cette réduction d'assiette méconnaissait le principe d'égalité.

Elle se justifie toutefois par la prise en compte de la situation spécifique des employeurs concernés : en l'absence d'une telle réduction, la répartition aurait conduit les producteurs d'électricité et les opérateurs des réseaux de chaleur concernés à supporter des charges de retraites d'un montant de nature à remettre en cause leur existence.

Comme les contrats d'achat d'électricité qui liaient les producteurs à Electricité de France avant le 10 février 2000 imposaient la vente à prix coûtant (sans prendre en compte le financement de réserves financières nécessaires pour la couverture des charges de retraites de leurs personnels), des entreprises comme la Compagnie nationale du Rhône n'ont pas pu constituer les provisions nécessaires.

Pour des raisons de fait ou de droit communautaire (la décision du 16 décembre 2003 de la Commission agréant l'aide constituée par la contribution tarifaire se fonde sur un classement précis entre activités régulées et concurrentielles), les entreprises mentionnées au II de l'article 17 ne pourraient pas financer leurs cotisations par une contribution tarifaire.

Aussi la disposition contestée allège-t-elle, pour les entreprises concernées, l'effet de l'application des règles générales de répartition de la charge des droits spécifiques passés. L'allègement consiste à appliquer à leur masse salariale de 2004 un taux d'abattement égal au poids des activités de transport et de distribution de gaz et d'électricité au sein de la branche des industries électriques et gazières (60 %).

Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.

#### V. La modification de la législation relative à la limite d'âge des responsables des entreprises du secteur public (II de l'article 47)

Le II de l'article 47 de la loi déferée donne la rédaction suivante à l'article 7 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public :

*« En l'absence de disposition particulière prévue par les textes législatifs ou réglementaires régissant l'établissement, la limite d'âge des présidents de conseil d'administration, directeurs généraux et directeurs des établissements publics de l'Etat est fixée à soixante-cinq ans ».*

Cette nouvelle rédaction aurait également pour effet de renvoyer au droit commun des sociétés commerciales, en matière de limite d'âge des dirigeants, les sociétés du secteur public relevant de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public.

Selon les requérants, cet article, qui résultait d'un amendement adopté par le Sénat en première lecture, était issu d'une procédure irrégulière et, sur le fond, méconnaissait le principe d'égalité.

Selon une jurisprudence constante, il résulte des dispositions combinées des articles 39, 44 et 45 de la Constitution que le droit d'amendement s'exerce à chaque stade de la procédure législative, sous réserve des dispositions particulières applicables après la réunion de la commission mixte paritaire (après CMP, s'applique la jurisprudence plus rigoureuse dite « de l'entonnoir », mais nous sommes ici en première lecture).

Toutefois, même avant CMP, les adjonctions ou modifications apportées au texte en cours de discussion, quels qu'en soient le nombre et la portée, ne sauraient, sans méconnaître les exigences qui découlent des premiers alinéas des articles 39 et 44 de la Constitution, être dépourvues de tout lien avec l'objet du projet ou de la proposition soumis au vote du Parlement (voir, encore tout récemment, n° 2003-472 DC du 26 juin 2003, cons. 2 à 4, rec. p. 379).

Cette jurisprudence a été appliquée à des dispositions relatives aux incompatibilités électorales et aux inéligibilités, introduites par amendement dans le projet de loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives (n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, cons. 25 et 26, Rec. p. 84). Les adjonctions ainsi apportées au projet en cours de discussion, a jugé le Conseil, étaient dépourvues de tout lien, même si elles touchaient au droit électoral, avec l'objet d'un texte consistant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux.

La jurisprudence sur la nécessité d'un lien conduit à la censure de deux articles dans un texte portant sur l'urbanisme (n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, cons. 61 à 64, Rec. p. 176).

Même solution pour un amendement validant des mesures de remboursement de certains médicaments, adopté dans le cadre de la discussion d'un projet de loi qui, lors de son dépôt, ne traitait que des activités sportives (n° 2003-481 DC du 30 juillet 2003, Rec. p. 411).

Même solution encore pour un amendement relatif à la discipline des fonctionnaires du Sénat, adopté pendant l'examen d'un projet de loi qui comportait exclusivement, lors de son dépôt, des dispositions sur les marchés financiers, l'assurance, le crédit et les comptes des entreprises (n° 2003-479 DC du 30 juillet 2003, Rec. p. 409).

En l'espèce, le II de l'article 47 de la loi déferée, qui affectait la limite d'âge des responsables de l'ensemble des établissements publics de l'Etat et des sociétés du secteur public, était dépourvu de tout lien avec le projet dont celle-ci est issue, lequel, lors de son dépôt sur le bureau de l'Assemblée nationale, comportait exclusivement des dispositions relatives au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières.

Ce lien ne ressortait pas davantage des débats parlementaires.

#### VI) Dispositions introduites en Commission mixte paritaire

Toujours en matière de procédure législative, la loi déferée donnait au Conseil constitutionnel l'occasion de préciser sa jurisprudence en examinant d'office deux dispositions (de portée limitée quant au fond) :

- Le 5° de l'article 32 de la loi déferée, qui donnait une nouvelle rédaction à l'article 45 de la loi du 8 avril 1946 susvisée afin de redéfinir la composition et les compétences du Conseil supérieur de l'énergie.

- Le II de l'article 52 de la loi déferée, aux termes duquel : « *Jusqu'à la première désignation des membres du Conseil supérieur de l'énergie, celui-ci est composé par les membres du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz en fonction à la date de publication de la présente loi* ».

Or ces deux dispositions, qui ne figuraient pas parmi celles restant en discussion à l'issue de l'examen du projet de loi en première lecture (et n'avaient été évoquées que dans le cadre de l'examen d'un autre texte, la loi d'orientation sur l'énergie, dont la discussion était parallèle à celle de la présente loi. La CMP a souhaité « transplanter » d'un texte à l'autre les dispositions relatives au Conseil supérieur de l'énergie, initialement contenues dans le projet de loi d'orientation sur l'énergie), ont été introduites dans le texte au cours de la CMP.

Un tel procédé, il faut bien le constater, est contraire au deuxième alinéa de l'article 45 de la Constitution, aux termes duquel :

*« Lorsque, par suite d'un désaccord entre les deux assemblées, un projet ou une proposition de loi n'a pu être adopté (...), le Premier ministre a la faculté de provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion ».*

En prononçant une telle censure d'office, le Conseil constitutionnel marque qu'il entend combattre l'usage abusif de la CMP.