

La décision était attendue. Elle surprend. Elle surprend là où elle était le plus attendue ; là où l'on pouvait penser qu'elle ne surprendrait pas. L'alinéa 9 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel « *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* », n'est pas un vestige suranné teinté d'anachronisme. Longtemps considéré comme un principe programmatique et formel, pour reprendre les termes d'un débat classique, il est désormais prescriptif et réel. L'alinéa 9 du Préambule constitue le fondement d'une censure, même partielle, d'une disposition de loi prévoyant la privatisation d'une entreprise nationale. Certes, cette disposition constitutionnelle n'est toujours pas utilisée dans son sens premier, d'obligation positive à la charge de l'Etat de nationaliser. Elle est néanmoins invoquée efficacement, de manière négative, pour s'opposer à une opération de privatisation. L'examen de loi relative au secteur de l'énergie donne ainsi l'occasion au Conseil constitutionnel de revitaliser l'alinéa 9 du Préambule de 1946.

Cette loi présente deux objets principaux. Elle permet tout d'abord la privatisation de Gaz de France (GDF), rendue nécessaire par le projet de fusion de cette entreprise avec Suez. Ce dernier projet avait été autorisé, sous conditions, par la Commission européenne dans une décision du 14 novembre 2006. La Commission est en effet compétente pour examiner et autoriser les projets de fusion qui présentent une dimension communautaire. Au niveau national, la fusion a connu plus de difficultés. En effet, par une ordonnance du Tribunal de grande instance de Paris du 21 novembre 2006, confirmée en appel le même jour, l'opération de fusion a été suspendue jusqu'à ce que le comité d'entreprise européen soit suffisamment informé sur l'impact social du projet. La mise en œuvre du projet de fusion est ainsi retardée. Dans un tel contexte, l'enjeu de la décision du Conseil constitutionnel est atténué. Quelle que soit sa décision, la fusion est en tout état de cause suspendue. La loi contient ensuite les dispositions nécessaires à la transposition en France des directives communautaires n° 2003/54 et n° 2003/55 du 26 juin 2003 sur l'ouverture complète des marchés de l'énergie, prévue pour le 1<sup>er</sup> juillet 2007.

Le Conseil constitutionnel est saisi les 13 et 14 novembre 2006 par plus de soixante députés et par plus de soixante sénateurs de la conformité à la Constitution de cette loi. Face à l'ampleur et au contenu de la loi, dont on ne peut que souligner la complexité, une seule disposition est contestée par les requérants : l'article 39 relatif à la privatisation de GDF. Cet article modifie la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 en substituant plusieurs articles à l'ancien article 24 de cette loi et inscrit GDF dans la liste annexée à la loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation.

L'article 24 nouveau, tout en maintenant à 70 % la participation de l'Etat au capital d'Electricité de France (EDF), réduit celle-ci à plus d'un tiers pour GDF. En raison de l'importance stratégique que revêt le domaine de l'énergie, l'article 24-1 nouveau institue un mécanisme permettant d'accroître les pouvoirs de l'Etat sur GDF malgré la diminution de sa part de capital. En toute hypothèse, la part d'un tiers constitue une minorité de blocage au sein d'une société anonyme, c'est-à-dire que toute décision relevant de l'assemblée générale extraordinaire de la

société nécessitera son accord<sup>1</sup>. Cette première garantie est renforcée par l'article 24-1 qui permet l'intervention d'un décret prononçant la transformation d'une action ordinaire de l'Etat en une action spécifique. Ce type d'action est régi par l'article 10 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités de privatisation. Selon cette disposition, trois droits peuvent être attachés à une action spécifique : le pouvoir d'opposition, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, aux décisions de cession d'actifs de la société ou d'affectation de ceux-ci à titre de garantie ; l'agrément préalable du ministre en cas de modification du capital social ou des droits de vote ; la possible nomination en conseil d'administration ou de surveillance d'un ou de deux représentants de l'Etat désignés par décret et sans voix délibérative. Afin de renforcer le contrôle de l'Etat dans le domaine sensible de l'énergie, l'article 24-2 nouveau prévoit l'institution d'un commissaire du gouvernement auprès de GDF qui assiste, avec voix consultative, aux séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la société et de ses comités. Il peut également présenter des observations à toute assemblée générale. Le commissaire du gouvernement est nommé par le ministre chargé de l'énergie.

Quatre griefs sont soulevés à l'encontre de l'article 39 de la loi. Celui-ci serait contraire à l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, au principe de libre administration et à la liberté contractuelle des collectivités territoriales, ceux deux griefs étant liés, et au principe de continuité du service public. Face à de tels griefs, la décision rendue le 30 novembre 2006 étonne à un double titre : par l'examen d'office de la conformité de l'article 17 de la loi aux dispositions des directives qu'il a pour objet de transposer et par l'originalité de la censure de l'article 39 au regard de l'alinéa 9 du Préambule de 1946. Sur le premier point, à peine vient-il d'insérer les directives communautaires dans les normes de référence de son contrôle sur les lois de transposition<sup>2</sup> que le Conseil constitutionnel va plus loin en soulevant d'office un tel moyen. Sur le fond, et c'est également une première, il censure l'article 17 de la loi pour méconnaissance de l'objectif des directives transposées (I). Sur le deuxième point, le Conseil prononce, sous la forme d'une réserve d'interprétation, l'inconstitutionnalité de la loi pour violation de l'alinéa 9. Il considère en effet que « *ce n'est qu'au 1<sup>er</sup> juillet 2007 que Gaz de France perdra sa qualité de service public national ; que, dès lors, le transfert effectif au secteur privé de cette entreprise ne pourra prendre effet avant cette date* »<sup>3</sup>. De cette manière, le juge innove en créant une inconstitutionnalité limitée dans le temps de dispositions de loi prévoyant une privatisation (II). En dehors de ces deux censures, ni le grief relatif au respect du principe de continuité du service public (III), ni celui tiré du respect de la libre administration et de la liberté contractuelle des collectivités territoriales (IV) ne sont retenus par le Conseil constitutionnel.

---

<sup>1</sup> Tel est le cas pour la modification « *des statuts dans toutes leurs dispositions* », selon l'article L-225-96 du Code de commerce.

<sup>2</sup> Voir implicitement : C.C., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, C.P.E., JORF, 2 avril 2006, p. 4964, Considérant n° 28. Explicitement : C.C., n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JORF, 3 août 2006, p. 11541, Considérants n° 16 et s.

<sup>3</sup> C.C., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie, précitée*, Cons. n° 26.

## I – La censure « d'office » pour violation d'une directive communautaire

Le Conseil constitutionnel fait une application remarquable de la jurisprudence inaugurée d'abord timidement dans la décision du 30 mars 2006, *C.P.E.*<sup>4</sup>, puis développée de manière explicite dans celle du 27 juillet 2006, *Droit d'auteur*<sup>5</sup>. Avec cette jurisprudence, il se reconnaît compétent pour examiner la conformité d'une loi *aux objectifs et aux dispositions inconditionnelles et précises d'une directive* qu'elle a pour objet de transposer<sup>6</sup>. Un tel contrôle n'est exercé que si les dispositions de la directive en question ne se heurtent pas à *une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France*. Cette formule semble être un écho, « respectueux » du droit communautaire, à l'article I-5 1 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, selon lequel, « L'Union respecte l'égalité des États membres devant la Constitution ainsi que *leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles* »<sup>7</sup>. Enfin, parce qu'il ne peut pas procéder à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes, le Conseil constitutionnel ne censure que les dispositions de loi qui sont *manifestement incompatibles* avec « la directive »<sup>8</sup>. La violation manifeste de la directive emporte la violation de l'article 88-1 de la Constitution, en tant que fondement de l'obligation constitutionnelle de transposition des directives communautaires. En l'espèce, l'application de ces principes est singulière parce que le Conseil constitutionnel soulève d'office la question de la compatibilité de l'article 17 de la loi avec l'objectif des directives communautaires transposées et prononce la première censure d'une disposition législative sur un tel fondement. Le juge constitutionnel se pose en gardien systématique du respect par le législateur des directives communautaires qu'il transpose.

La portée de l'article 17 de la loi ne peut se comprendre que si l'on rappelle les principes qui gouvernent l'ouverture à la concurrence du marché du gaz. Seuls les clients ayant exercé leur éligibilité sont susceptibles de faire appel à la concurrence. Ceux qui n'ont pas exercé leur éligibilité sont soit ceux qui sont non-éligibles, les clients domestiques ou « résidentiels » jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2007, soit ceux qui sont éligibles mais qui n'ont pas exercé leur éligibilité. Ces deux catégories de client se voient appliquer un tarif réglementé. En particulier, le client éligible qui n'a pas exercé son droit bénéficie du maintien de son contrat à la date où il devient éligible selon l'article 4 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*. En outre, pour ces derniers, selon l'article 66 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 *de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, la possibilité de bénéficier de tarifs

---

<sup>4</sup> C.C., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *C.P.E.*, JORF, précitée, Cons. n° 28.

<sup>5</sup> C.C., n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, précitée, Cons. n° 16 et s.

<sup>6</sup> Voir sur le contrôle des lois de transposition des directives : « « La directive communautaire comme paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois : une exception d'interprétation stricte à la jurisprudence *I.V.G.* », *Dalloz*, 30 novembre 2006, n° 42, *Chron.*, pp. 2878-2882.

<sup>7</sup> Souligné par nous.

<sup>8</sup> Sous entendu avec l'objectif ou les dispositions inconditionnelles et précises de la directive, première restriction à l'exercice du contrôle.

réglementés ne peut s'appliquer pour les nouveaux sites de consommation que jusqu'au 31 décembre 2007. Les tarifs réglementés sont fixés par les ministres de l'économie et de l'énergie après avis de la Commission de régulation de l'énergie. En revanche, les clients éligibles qui ont exercé leur éligibilité voient leurs prix fixés exclusivement par contrat.

Au regard de ce système, l'article 17 de la loi contestée maintient le tarif réglementé malgré la disparition des clients non éligibles. En effet, cet article modifie l'article 66 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 et insère un article 66-1. Le principe des tarifs réglementés est ainsi préservé pour les consommateurs non domestiques, selon le I des articles 66 et 66-1, et pour les consommateurs domestiques, selon le II de ces mêmes articles, s'ils n'ont pas fait usage de leur liberté de choisir un fournisseur d'énergie. Les clients éligibles qui n'ont pas exercé leur droit bénéficient ainsi d'un tarif réglementé. Le III oblige les opérateurs historiques qui fournissent l'une des deux sources d'énergie, électricité et gaz, à proposer aux consommateurs, à l'exception des plus importants, une offre au tarif réglementé dans les conditions prévues aux I et II. Une telle offre doit en particulier être faite aux consommateurs domestiques pour l'alimentation de nouveaux sites de consommation. Le client domestique qui déménage peut ainsi bénéficier d'un tarif réglementé. Contrairement à l'article 66 ancien de la loi de 2005, la possibilité de bénéficier de tarifs réglementés pour de nouveaux sites n'est donc pas limitée dans le temps.

Un tel dispositif, dans les conditions précédemment évoquées, est confronté aux objectifs des directives transposées. Ces directives obligent les Etats membres à veiller à ce que les entreprises d'électricité ou de gaz naturel « *soient exploitées en vue de réaliser un marché concurrentiel* ». En conséquence, toute discrimination concernant les droits ou les obligations des entreprises est prohibée. L'intérêt économique général peut néanmoins autoriser la mise en place d'obligations particulières aux entreprises, notamment en matière tarifaire. De telles obligations ne sont valables que si elles se rattachent clairement à un objectif de service public. De plus, elles doivent être non discriminatoires et garantir un égal accès aux consommateurs nationaux.

Selon le Conseil constitutionnel, les dispositions de la loi ne « *se bornent pas à appliquer des tarifs réglementés aux contrats en cours mais imposent aux [seuls] opérateurs historiques du secteur de l'énergie (...) des obligations tarifaires permanentes, générales et étrangères à la poursuite d'objectifs de service public* »<sup>9</sup>. Aussi, constate-t-il une méconnaissance manifeste par l'article 17 de la loi de l'objectif d'ouverture des marchés poursuivi par les directives. Les II et III des nouveaux articles 66 et 66-1 sont censurés ainsi que les termes « non domestique » dans le I concernant les contrats en cours. Le découpage par le Conseil constitutionnel des différentes dispositions est complexe dans la mesure où il conduit à une « réécriture » de la loi dont les subtilités, nous devons reconnaître nos limites, nous échappent. Il reste que la méconnaissance de l'objectif des directives trouve son origine dans l'obligation faite à la seule charge des opérateurs historiques de proposer, sans limitation de temps, des tarifs réglementés pour des nouveaux sites, c'est-à-dire pour des nouveaux contrats et

---

<sup>9</sup> C.C., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie, précitée*, Cons. n° 9.

plus seulement pour les contrats en cours. Les opérateurs historiques font l'objet d'une charge particulière et spécifique contraire à la directive.

La censure de l'article 17 de la loi a une portée qui dépasse la seule question de la violation du droit communautaire. En effet, le Conseil constitutionnel s'appuie notamment sur cette censure pour reconnaître que GDF perd sa qualité de service public national. L'élimination d'une charge particulière et spécifique pesant sur GDF contribue à aligner cette entreprise sur le droit commun. Le contrôle « communautaire » opéré par le Conseil constitutionnel emporte ainsi des conséquences internes à propos de l'appréciation de l'existence d'un service public national.

## II – L'inconstitutionnalité limitée dans le temps de la privatisation

Sur le fondement de l'alinéa 9 du Préambule de 1946, le Conseil constitutionnel censure de manière singulière l'article 39 de la loi déferée : la privatisation est contraire à la Constitution avant le 1<sup>er</sup> juillet 2007, c'est-à-dire au moment de l'ouverture à la concurrence du marché de fourniture de gaz naturel aux clients domestiques, conforme à celle-ci après. A l'appui de cette solution, l'interprétation défendue par le Conseil constitutionnel de l'alinéa 9 du Préambule est en partie originale en ce qui concerne la catégorie de service public national. C'est d'ailleurs au regard de cette notion que l'article 39 de la loi est en partie censuré. L'approche est plus classique pour la catégorie de monopole de fait, même si de nouveaux éléments entrent en ligne de compte. En tout état de cause, dans l'un et l'autre cas, le Conseil prend soin d'insérer son raisonnement dans la ligne de sa jurisprudence antérieure comme dans les bornes tracées par les saisines parlementaires. Il n'y a pas à cet égard, de manière visible, de revirement jurisprudentiel mais bien une continuité. Toutefois, un regard plus attentif sur la décision invite à nuancer cette prétendue continuité. Ainsi constate-t-on d'un côté une approche renouvelée de la notion de « service public national » (A) et, de l'autre, une appréciation contestable du « monopole de fait » (B).

### A – L'approche renouvelée de la notion de « service public national »

Sur la notion de service public national, le Conseil constitutionnel reprend à la fois les principes qu'il avait posés dans la décision du 26 juin 1986, *Privatisations*<sup>10</sup>, et l'orientation « nouvelle » suggérée par les requérants. L'originalité véritable réside pourtant dans l'approche même du service public national liée, dans une certaine mesure, à l'existence d'une situation de monopole.

L'interprétation doctrinale dominante de l'alinéa 9 du Préambule, tirée de la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 1986, *Privatisations*, retenait que la notion de service public national avait été réduite à celle des services publics constitutionnels<sup>11</sup>. Dans cette décision, le Conseil

<sup>10</sup> C.C., n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Privatisations*, RJC-I, p. 254.

<sup>11</sup> Voir sur l'interprétation de l'alinéa 9 du Préambule par le Conseil d'Etat : G. MARCOU, « Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 ? », *A.J.D.A.*, 2007, p. 192 et s.

constitutionnel a jugé en effet 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 »<sup>12</sup>. En d'autres termes, ce ne sont pas tous les services publics nationaux qui doivent rester propriété de la collectivité mais seulement ceux dont « la nécessité (...) découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle »<sup>13</sup>. On en déduit que si tous les services publics constitutionnels sont des services publics nationaux, tous les services publics nationaux ne sont pas des services publics constitutionnels<sup>14</sup>. Seuls les services publics constitutionnels entrent dans le domaine de l'alinéa 9 du Préambule et doivent rester propriété publique.

Deux décisions plus récentes étaient susceptibles de nuancer cette première interprétation : la décision du 23 juillet 1996, *France Telecom*<sup>15</sup> et celle du 5 août 2004, *Service public de l'électricité et du gaz et entreprises électriques et gazières*<sup>16</sup>. Dans chacune d'entre elles, était invoqué l'alinéa 9 du Préambule afin de faire obstacle à un passage au secteur privé d'une partie du capital d'un organisme public, la participation majoritaire de l'Etat étant maintenue. La privatisation était partielle, puisque la majorité du capital demeurait publique. En réponse à cette argumentation, le raisonnement suivi par le juge ouvre la voie à une autre orientation. En effet, en 1996 à propos de France Telecom et en 2004 pour EDF et GDF, le Conseil juge, qu'en maintenant « les missions de service public » à la charge des nouvelles entités créées, « le législateur a confirmé leur qualité de services publics nationaux ; qu'il a garanti conformément au neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 la participation majoritaire de l'État dans le capital de l'entreprise nationale ; que l'abandon de cette participation majoritaire ne pourrait résulter que d'une loi ultérieure ; que par suite le moyen tiré de la méconnaissance des prescriptions constitutionnelles précitées ne saurait être accueilli »<sup>17</sup>. L'alinéa 9 du Préambule impose bien une participation majoritaire de l'Etat pour les services publics nationaux. On retrouve ici une lecture proche de l'énoncé de l'alinéa 9 du Préambule. En l'espèce, le juge constate qu'il n'y a pas

---

Des avis récents du Conseil d'Etat sur la loi de privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroute et sur la loi sur le secteur de l'énergie avaient suivi en substance l'interprétation doctrinale dominante retenue de la décision de 1986. Sur le premier avis, voir : G. QUIOT, « Le Conseil d'Etat et la constitutionnalité de la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes. Observations critiques à propos d'un avis récent du Conseil », *précité*, p. 1603 et s.). Le second, l'avis du 11 mai 2006 sur le projet de loi, tel qu'il est évoqué dans différents rapports parlementaires (avis présenté par Hervé NOVELLI, député, au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan sur les articles 4, 10, 11 et 12 du projet de loi (n° 3201) relatif au secteur de l'énergie, p. 37 et Rapport n° 6 (2006-2007) de Ladislas PONIATOWSKI, sénateur, fait au nom de la Commission des affaires économiques, déposé le 4 octobre 2006, p. 28), cet avis n'étant pas public, marque le refus du Conseil d'Etat de reconnaître à GDF la qualité de monopole de fait ou de service public national.

<sup>12</sup> C.C., n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Privatisations*, précitée, Cons. n° 53.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Voir en ce sens : L. FAVOREU, « Service public et Constitution », *A.J.D.A.*, 1997, numéro spécial, p. 17.

<sup>15</sup> C.C., n° 96-380 DC, 23 juillet 1996, *France Telecom*, *RJC-I*, p. 681.

<sup>16</sup> C.C., n° 2004-501 DC, 5 août 2004, *Service public de l'électricité et du gaz et entreprises électriques et gazières*, *Rec.*, p. 134.

<sup>17</sup> Respectivement, C.C., n° 96-380 DC, 23 juillet 1996, *France Telecom*, précitée, Cons. n° 4 ; n° 2004-501 DC, 5 août 2004, *Service public de l'électricité et du gaz et entreprises électriques et gazières*, précitée, Cons. n° 14.

d'abandon de cette participation majoritaire et, qu'en conséquence, la question du respect de l'alinéa 9 ne se pose pas.

Qu'en est-il lorsque l'abandon de la participation majoritaire de l'Etat a lieu ? Une alternative s'ouvre au regard de la jurisprudence évoquée : soit le législateur confirme la qualité de service public national alors qu'il privatise ce service et l'alinéa 9 est en conséquence méconnu ; soit il ne confirme pas la qualité de service public national, ce qu'il est d'ailleurs libre constitutionnellement de faire, et il peut privatiser l'entité concernée sans méconnaître le Préambule de 1946<sup>18</sup>. Cette interprétation est la seule qui permette de donner une « portée normative » aux considérants de principe énoncés en 1996 et 2004. Cette interprétation ne fait d'ailleurs peser que des contraintes souples sur le législateur. Ce dernier est libre de privatiser un service public national à condition, lorsqu'il procède à la privatisation, de faire perdre à l'entité cette qualité de service public national, en ne maintenant pas à sa charge « *les missions de service public* ».

Dans le renouvellement de son approche, le Conseil constitutionnel s'appuie sur l'ensemble de sa jurisprudence tout en faisant droit à l'argumentation des requérants. Ainsi, en écho à la formule de 1986<sup>19</sup>, les juges de la rue Montpensier indiquent que « *le fait qu'une activité ait été érigée en service public national sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle au transfert au secteur privé de l'entreprise qui en est chargée* »<sup>20</sup>. Reprenant l'argumentation des requérants, qui se sont appuyés sur la jurisprudence plus récente du Conseil constitutionnel<sup>21</sup>, et en intégrant de la sorte la portée de cette dernière, le Conseil ajoute qu'un tel « *transfert suppose que le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques qui en faisaient un service public national* »<sup>22</sup>. Il reformule en ce sens le considérant de principe énoncé dans la décision du 5 août 2004 à propos de GDF<sup>23</sup>. Cette technique consistant à préciser sa jurisprudence antérieure à l'occasion d'une décision nouvelle est assez originale pour le Conseil constitutionnel. Elle est plus familière à d'autres juridictions constitutionnelles en Europe qui parfois, sous couvert d'explicitier leur jurisprudence antérieure, procèdent en réalité à une nouvelle orientation de leur jurisprudence<sup>24</sup>. En l'espèce, le juge précise qu'en 2004 « *le législateur avait maintenu à cette seule entreprise les missions de service public qui lui étaient antérieurement dévolues en ce qui concerne la fourniture de gaz naturel aux particuliers ; que le neuvième alinéa du Préambule de 1946 était respecté dès lors que la participation de l'État ou d'autres entreprises ou organismes appartenant au secteur public restait*

---

<sup>18</sup> Voir pour une interprétation en ce sens : O. SCHRAMECK, *A.J.D.A.*, 1996, p. 696, reprise par L. FAVOREU, « Service public et Constitution », *précité*. Voir également : G. QUIOT, « Le Conseil d'Etat et la constitutionnalité de la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes. Observations critiques à propos d'un avis récent du Conseil », *A.J.D.A.*, 11 septembre 2006, p. 1603 et s.

<sup>19</sup> C.C., n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Privatisations, précitée*, Cons. n° 53.

<sup>20</sup> C.C., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie, précitée*, Cons. n° 14.

<sup>21</sup> C.C., n° 2004-501 DC, 5 août 2004, *Service public de l'électricité et du gaz et entreprises électriques et gazières, précitée*.

<sup>22</sup> C.C., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie, précitée*, Cons. n° 14.

<sup>23</sup> C.C., n° 2004-501 DC, 5 août 2004, *Service public de l'électricité et du gaz et entreprises électriques et gazières, précitée*, Cons. n° 14.

<sup>24</sup> Nous pensons en particulier à la Cour constitutionnelle italienne dont le « chemin communautaire » a été sinueux. Dans ce chemin, la *Corte* s'est parfois appuyée, dans les motifs de ses arrêts, sur des arrêts antérieurs identiques pour en déduire des résultats différents.

majoritaire dans le capital de cette société ; que l'abandon de cette participation majoritaire ne pouvait résulter que d'une loi ultérieure privant Gaz de France de son caractère de service public national »<sup>25</sup>. Le législateur peut parfaitement privatiser une entreprise qui constitue un service public de fait, à condition qu'il lui fasse perdre les caractéristiques qui lui confèrent cette qualité. Si une telle interprétation était possible, elle n'était pas pour autant évidente dans le domaine aussi sensible que celui des privatisations, pour lequel il semble inévitable de rappeler que le juge constitutionnel ne dispose pas d'un « *pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement* »<sup>26</sup>.

En l'espèce, l'orientation jurisprudentielle retenue conduit le juge constitutionnel à rechercher si GDF présente ou ne présente pas la qualité d'un service public national, c'est-à-dire, pour reprendre la formule du juge, si « *le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques qui en faisaient un service public national* » alors qu'il procède à sa privatisation. Quatre éléments sont retenus par le juge constitutionnel pour constater la perte de la qualité de service public de fait par GDF. Ils peuvent être organisés autour de deux points.

Certains éléments tendent à montrer que les charges qui pèsent sur GDF ne s'imposent pas seulement à cette entreprise mais concernent tous les opérateurs du marché. La spécificité de GDF est de la sorte gommée, puisque cette entreprise bénéficie du même régime que ses concurrents. Le juge insiste ainsi sur le fait que les obligations de service public, définies par l'article 16 de la loi du 3 janvier 2003<sup>27</sup>, ne sont pas seulement à la charge de GDF, mais également à la charge de toutes les entreprises concurrentes dans le secteur du gaz naturel. Le Conseil relève encore que les sujétions, en termes de péréquation, pour les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution s'imposent non seulement à GDF « *mais aussi aux distributeurs non nationalisés* »<sup>28</sup>.

D'autres éléments sont évoqués en réponse à l'argumentation des requérants. Alors que ces derniers relevaient l'obligation permanente à la charge de GDF de fournir du gaz naturel à un tarif réglementé, le Conseil rappelle la censure qu'il vient de prononcer d'un tel dispositif. La méconnaissance du droit communautaire sert le juge dans son argumentation pour constater que GDF n'est plus un service public national. Enfin, l'argument subsidiaire énoncé par les requérants devient décisif dans le raisonnement du Conseil constitutionnel. Il s'agit de la fin du monopole de fourniture de gaz pour les particuliers à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2007.

---

<sup>25</sup> C.C., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie, précitée*, Cons. n° 15.

<sup>26</sup> C.C., n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *I.V.G.*, *RJC-I*, p. 30, Cons. n° 1.

<sup>27</sup> Sont notamment visés la sécurité des personnes et des installations en amont du raccordement des consommateurs finals, la continuité de la fourniture de gaz, la sécurité d'approvisionnement, la qualité et le prix des produits et des services fournis, la protection de l'environnement.

<sup>28</sup> C.C., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie, précitée*, Cons. n° 18.

De l'ensemble de ces éléments, le Conseil constitutionnel déduit que le législateur a fait perdre à GDF sa qualité de service public de fait. Il ajoute toutefois un élément temporel à ce constat. Cette qualité n'est perdue qu'au 1<sup>er</sup> juillet 2007, date d'ouverture à la concurrence du marché de fourniture aux particuliers. La privatisation est inconstitutionnelle jusqu'à cette date, elle est conforme à la Constitution après. Elle ne peut donc intervenir qu'après cette date. Le Conseil prononce une conformité à la Constitution sous réserve, c'est-à-dire que la loi contrôlée n'est déclarée conforme à la Constitution que selon l'interprétation qu'il en a donnée. Cette technique, courante en contentieux constitutionnel, est ici utilisée de manière originale dans la mesure où elle conduit à suspendre les effets d'une loi jusqu'à une certaine date.

La fixation d'une telle date laisse à penser que, parmi les différents arguments avancés à l'appui de la perte de qualité de service public national, il en est un plus déterminant que les autres : l'ouverture du marché. Le fait que les autres arguments soient peu convaincants renforce une telle analyse. La mention de la loi de 2003 est surprenante alors qu'il s'agit pour le Conseil de déterminer si la loi qui lui est déférée a fait perdre la qualité de service public national à GDF. Sur ce point, il suffit de remarquer que la loi de 2003 était déjà en vigueur alors que le Conseil constitutionnel qualifiait, dans la décision du 5 août 2004, GDF de service public national. La question de la péréquation des tarifs se révèle éloignée de la reconnaissance de la qualité de service public national ou pour le moins secondaire. Celle enfin du tarif réglementé est étonnante. Il s'agit en principe pour le Conseil constitutionnel de vérifier si le législateur a fait perdre à GDF sa qualité de service public national. Or, à propos des tarifs réglementés, ce n'est pas le législateur qui les a supprimés, il les a au contraire maintenus, mais le Conseil constitutionnel lui-même qui les a déclarés contraires aux directives communautaires transposées et donc à l'article 88-1 de la Constitution. Autrement dit, la perte d'un élément contribuant à faire de GDF un service public national n'est pas le fait du législateur mais du juge constitutionnel. Surtout, si GDF ne perd sa qualité de service public national qu'au 1<sup>er</sup> juillet 2007 cela signifie que la perte de cette qualité est liée à la perte du monopole. Au final, l'ouverture du marché est l'argument principal, et même exclusif serait-on tenté de dire, à l'appui de la perte de la qualité de service public national. Service public national et situation de monopole semblent ainsi liés, la fin du monopole de droit faisant perdre la nature de service public national. Le Conseil constitutionnel fait ici preuve d'une incontestable originalité. Une telle liaison est d'autant plus surprenante que l'appréciation du monopole de fait demeure dissociée de celle de service public national.

Du point de vue des techniques contentieuses, deux remarques méritent d'être faites l'une relative à l'inscription de l'argumentation du Conseil constitutionnel dans une perspective de *diritto vivente*, telle qu'elle peut être transposée en France, l'autre portant sur l'utilisation des réserves d'interprétation pour suspendre l'application d'une loi. Sur le premier point, le Conseil constitutionnel utilise une loi en vigueur, ce qu'il fait également de manière plus significative encore à l'occasion de l'examen du moyen tiré de la continuité du service public<sup>29</sup>, afin

---

<sup>29</sup> Voir *infra*.

d'interpréter et d'établir le contexte législatif dans lequel s'insère la loi objet de son contrôle. On retrouve ici le seul véritable cas de transposition en France de la théorie italienne du *diritto vivente* tel qu'il a été mis en lumière par C. SEVERINO<sup>30</sup>. En l'espèce toutefois, l'utilisation d'une telle technique est, on l'a vu, pour le moins maladroite. En effet, le Conseil constitutionnel utilise une disposition de la loi du 3 janvier 2003 pour montrer que la perte de la qualité de service public national par GDF - même si cette disposition ne constitue par le seul argument pour parvenir à cette conclusion -, alors que cette même disposition était en vigueur en 2004 lorsque le Conseil constitutionnel qualifiait GDF, comme il le rappelle dans la décision du 30 novembre 2006, de service public national.

La mise en œuvre de la technique des réserves d'interprétation pour suspendre l'application d'une loi soulève des interrogations. Au-delà de l'hommage au chef de l'Etat et à sa « promulgation-suspension »<sup>31</sup> que certains pourront y voir, les « réserves d'interprétation-suspension » renvoient au cœur de cette technique contentieuse. On sait que, par une telle technique, le juge « agit directement sur le contenu ou le substrat normatif des lois de manière à le mettre en conformité avec la Constitution »<sup>32</sup>. De telles décisions sont des « décisions de rejet, mais assorties de réserves dont l'observation conditionne la constitutionnalité de la loi »<sup>33</sup>. La loi échappe ainsi à la censure du juge à condition que soit respectée l'interprétation qu'il en a donnée. Elle peut donc être promulguée et, en principe, appliquée immédiatement à condition que les organes d'application de la loi le fassent conformément à l'interprétation proposée. La difficulté avec l'utilisation en l'espèce de cette technique est qu'elle aboutit à un effet différé. La loi peut être promulguée et les organes d'application doivent suivre l'interprétation du Conseil constitutionnel, même si selon cette dernière ils ne peuvent pas appliquer la loi. La suspension est alors problématique. L'interprétation du Conseil constitutionnel est d'application immédiate mais si, dans une situation classique, elle permet l'application elle-aussi immédiate de la loi ; dans la situation discutée, elle interdit, de manière immédiate là encore, l'application de loi. L'interprétation conforme sert là à une application de la loi, ici à entraver son application. La décision du Conseil constitutionnel conduit en dernière analyse à limiter les effets dans le temps de la promulgation de la loi. Le droit constitutionnel s'enrichit d'un nouveau type de promulgation, après la promulgation dont les effets sont suspendus par une allocution publique aux français du Président de la République, le Conseil constitutionnel crée la promulgation dont les effets sont suspendus par une réserve d'interprétation. Il est possible d'objecter à une telle analyse que, d'un point de vue technique, les réserves d'interprétation sont susceptibles de permettre n'importe quelle interprétation d'un énoncé législatif pour le rendre conforme à la Constitution, y compris s'il s'agit d'indiquer qu'une disposition de loi sera conforme à la Constitution après la survenance de tel ou tel évènement. Il

---

<sup>30</sup> C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant. Etude de contentieux constitutionnel comparé franco-italien*, PUAM-Economica, Droit public positif, 2003, 290 p.

<sup>31</sup> Voir en particulier : J.-E. GICQUEL, « La promulgation suspension de la loi », *R.D.P.*, n° 3, 2006, pp. 568-574.

<sup>32</sup> T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Economica-P.U.A.M., Collection Droit public positif, 1997, p. 19.

<sup>33</sup> L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *R.I.D.C.*, 1986, p. 622.

n'en reste pas moins que l'économie générale sur laquelle repose cette technique est renversée : la loi n'est pas immédiatement applicable après sa promulgation.

D'un point de vue plus politique, la suspension peut également choquer. La préservation de la souveraineté du Parlement, comme la présomption de constitutionnalité des dispositions de loi, justifient, qu'au lieu de prononcer la censure d'une disposition de loi, le juge en donne une interprétation conforme à la loi. Ces mêmes arguments semblent moins pertinents lorsque la loi est suspendue par le Conseil constitutionnel. Seule une approche pragmatique peut justifier la solution du juge constitutionnel compte tenu des choix qu'il retient par ailleurs sur le fond. Si l'obstacle déterminant à la constitutionnalité de la privatisation résidait dans le monopole de la fourniture de gaz naturel aux clients domestiques, il n'avait qu'une alternative. Soit il renvoyait le législateur à sa copie en déclarant l'article 39 de la loi contraire à la Constitution puisque le monopole existe au moment où il se prononce. Dans un tel cas, une nouvelle procédure législative était nécessaire, étant entendu que la loi nouvelle sur la privatisation aurait elle-même pu prévoir son entrée en vigueur différée au 1<sup>er</sup> juillet 2007<sup>34</sup>. Soit, pour éviter la lourdeur d'une telle entreprise, le juge constitutionnel procédait lui-même à ce qu'aurait dû faire le législateur après qu'il ait été censuré. Le juge a opté pour cette seconde solution en préservant le choix du législateur de privatiser, tout en garantissant une prévisibilité du droit positif à venir, la privatisation pouvant prendre effet le 1<sup>er</sup> juillet 2007.

## B – L'appréciation contestable de l'existence d'un « monopole de fait »

Dans la recherche de l'existence d'un monopole de fait, le juge reprend son considérant de principe selon lequel « *la notion de monopole de fait mentionnée au neuvième alinéa du Préambule de 1946 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 sur ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises ; qu'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* »<sup>35</sup>. Au-delà de cette affirmation, et de manière plutôt inattendue, le Conseil tend cependant à montrer l'absence de *monopole de fait* de GDF à partir de l'absence de *monopole de droit*. Il reprend en effet chacune des activités de GDF afin de préciser que, pour aucune d'entre elles, il n'y a plus de monopole légal : tel est le cas des activités de transport avec la loi du 2 août 1949, des activités de distribution avec la loi du 8 avril 1945 et la loi du 13 juillet 2005, des activités de production de gaz naturel, de stockage et d'exploitation de gaz naturel liquéfié avec la loi de 1949, de l'importation et de l'exportation du gaz naturel par la loi du 3 janvier 2003, de la fourniture de gaz pour les clients non domestiques

<sup>34</sup> Conformément à l'article 1<sup>er</sup> du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004.

<sup>35</sup> C.C., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie, précitée*, Cons. n° 21. Voir pour la formule de principe : C.C., n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Privatisations, précitée*, Cons. n° 55. Sur les critères d'appréciation d'un monopole de fait, voir : C.C., n° 87-232 DC, 7 janvier 1988, *Mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, RJC-I*, p. 317. Dans cette dernière décision, l'appréciation du Conseil constitutionnel est stricte, le monopole de fait ne peut être constitué qu'en présence d'une activité exercée exclusivement par une entreprise, étant entendu que cette activité doit être par ailleurs la seule de l'entreprise.

par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2004 et de cette même fourniture pour les clients domestiques à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2007 selon la loi déferée<sup>36</sup>. Ce dernier élément est en conséquence utilisé à la fois dans l'argumentation relative à la perte de la qualité de service public national et dans celle rejetant l'existence d'un monopole de fait.

Une telle argumentation ne souffrirait d'aucune critique si le Préambule de la Constitution de 1946 mentionnait les « monopoles légaux ». Pourtant, il est bien question de *monopole de fait*, ce qui semble imposer une approche effective des marchés pour savoir si, quelle que soit la réglementation applicable, il existe bien sur tel ou tel marché une situation de monopole. L'approche du Conseil constitutionnel n'a qu'un mérite et il est d'ordre politique. Elle permet d'éluider le fait qu'en France, en matière de distribution, le réseau de GDF approvisionne plus de 96 % de la consommation de gaz et le réseau de transport de celui-ci couvre 87,62 % des réseaux de transport de gaz<sup>37</sup>.

A ces différentes situations de concurrence de droit, le Conseil constitutionnel ajoute le fait que le gaz naturel constitue une énergie substituable. En d'autres termes, au-delà même de la possibilité de s'adresser à différentes entreprises notamment pour le transport ou la fourniture de gaz, il est parfaitement possible de se passer purement et simplement de gaz. Seule cette dernière considération semble pouvoir s'insérer dans les critères d'appréciation de l'existence d'un monopole de fait tels qu'ils ont été annoncés dans le considérant de principe.

Il est enfin possible de s'étonner de la relative simplicité de la méthode d'appréciation de la situation de monopole, pour ce qui en est visible, par rapport à celles qui sont utilisées de manière traditionnelle en droit de la concurrence tant par le Conseil de la concurrence que par la Commission européenne. Deux méthodes sont susceptibles d'être retenues pour apprécier une situation non concurrentielle : la méthode du *bilan concurrentiel* et la méthode d'*analyse économique*. La méthode du bilan concurrentiel consiste à dresser un bilan entre les effets positifs et les effets négatifs de la concentration au seul regard de son impact sur la concurrence s'exerçant sur les marchés pertinents. Les parts de marché des entreprises concernées sur le marché constituent un élément d'appréciation statique de la situation concurrentielle. En outre, l'indice de Herfindahl-Hirschmann (IHH) est un autre critère d'appréciation. L'IHH est égal à la somme des carrés des parts de marché de chacune des entreprises présentes sur le marché. Ainsi, dans un marché où les proportions de marché sont respectivement de 70 % de 20 % et de 10 %, l'IHH est alors de 5400 ( $70^2+20^2+10^2$ ). L'IHH donne un poids proportionnellement plus important aux parts de marché des grandes entreprises. L'analyse économique, plus utilisée en France qu'au niveau communautaire, ajoute des éléments d'appréciation plus larges au bilan concurrentiel. L'appréciation des effets positifs ou négatifs dépasse la seule dimension concurrentielle. Sont pris en compte des éléments comme l'innovation technologique, la cohésion sociale ou encore la

---

<sup>36</sup> Voir les considérants 22 à 24 de la décision.

<sup>37</sup> Voir en ce sens les lettres de saisine des parlementaires.

protection de l'emploi. Au regard de tels critères, on ne sait où situer l'approche du Conseil constitutionnel en général et *a fortiori* dans la décision commentée.

### III – Le respect des exigences constitutionnelles relatives à la continuité du service public

Si la privatisation de GDF soulève des difficultés du côté de la qualité de service public national, il n'en demeure pas moins que GDF, même privatisé, continue à exercer des missions de service public. Il est donc nécessaire que, malgré la privatisation, les exigences constitutionnelles liées au service public soient préservées par la loi. Le grief tiré du non respect de la continuité du service public par la loi apparaît alors comme subsidiaire à la dénonciation de la violation de l'alinéa 9 du Préambule de 1946. Ce n'est que si la privatisation est régulière que la dénonciation du non respect des exigences constitutionnelles liées au service public est pertinente. En l'espèce, les requérants soutiennent que le législateur ne garantit pas le respect des exigences constitutionnelles relatives à la continuité du service public, en s'abstenant de prévoir les mécanismes permettant d'empêcher que GDF, entreprise privée, cède les actifs stratégiques affectés à ses missions de service public.

Le raisonnement ainsi suivi peut être rapproché de celui appliqué par le juge constitutionnel en cas de déclassement d'un bien appartenant au domaine public. On sait que le principe d'inaliénabilité du domaine public n'est pas un principe constitutionnel<sup>38</sup>. En conséquence, le législateur est autorisé d'un point de vue constitutionnel à procéder à un tel déclassement. Néanmoins, dans un tel cas, il doit veiller à la protection de l'affectation du bien déclassé. Cette protection, si elle permet l'aliénation du domaine public après déclassement, n'en exige pas moins un régime juridique particulier. Ainsi, selon le Conseil constitutionnel, « *le déclassement d'un bien appartenant au domaine public ne saurait avoir pour effet de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels ils sont affectés* »<sup>39</sup>.

A propos de la privatisation, trois éléments sont retenus par le Conseil constitutionnel pour écarter l'argumentation des requérants. Le respect des diverses obligations de service public, mentionnées par l'article 16 de la loi du 3 janvier 2003 déjà évoqué, s'impose à l'ensemble des opérateurs du secteur gazier. La protection du service public dépasse ainsi la seule entreprise GDF pour concerner tous les opérateurs du secteur. De plus, cette protection n'est pas seulement formelle. Il existe un contrôle et une sanction du respect de ces missions, selon les termes de l'article 31 de la loi de 2003. Le mécanisme prévu par la loi contestée de transformation

---

<sup>38</sup> A chaque fois que le grief a été invoqué devant lui, le Conseil constitutionnel a refusé de lui reconnaître une valeur constitutionnelle. Voir : C.C., n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, RJC-I, p. 283, Considérant n° 88 ; n° 94-346 DC, 21 juillet 1994, *Domaine public de l'Etat*, RJC-I, p. 598, Considérant n° 15 ; n° 96-380 DC, 23 juillet 1996, *France Télécom*, RJC-I, p. 681, Considérant n° 5.

<sup>39</sup> C.C., n° 2005-513 DC, 14 avril 2005, *Loi relative aux aéroports*, Rec., p. 67, Cons. n° 4.

d'une action ordinaire en action spécifique est également mentionné. Selon le Conseil constitutionnel, il permet à l'Etat de s'opposer aux « *décisions de l'entreprise ou de ses filiales relatives aux canalisations de transport de gaz naturel, aux actifs liés à sa distribution, à son stockage souterrain, ainsi qu'aux installations de gaz naturel liquéfié* »<sup>40</sup>. Enfin, en cas de circonstances exceptionnelles, les autorités de l'Etat pourront procéder en vertu de leur pouvoir de police ou selon les dispositions du Code de la défense « *à toute réquisition de personnes, de biens et de service* »<sup>41</sup>. Le principe de continuité du service public est ainsi préservé tant par la loi contestée que par la loi de 2003 et par les pouvoirs dont disposent les autorités nationales selon le droit pertinent en cas de circonstances exceptionnelles. D'un point de vue contentieux, le Conseil constitutionnel utilise une nouvelle fois le droit en vigueur afin de préserver de la censure la loi soumise à son examen. Ce ne sont donc pas les seules dispositions de la loi contestée qui la préserve d'une déclaration d'inconstitutionnalité mais également le contexte de droit positif dans lequel elle s'insère. Le texte déféré est ainsi interprété à la lumière d'une loi de 2003 et du droit pertinent applicable en cas de circonstances exceptionnelles.

#### **IV – Le respect de la libre administration et de la liberté contractuelle des collectivités territoriales**

Un dernier moyen est invoqué par les requérants afin de contester l'article 39 de la loi. Il est également un moyen subsidiaire à la contestation du principe même de la privatisation. Les requérants dénoncent l'exclusivité des concessions de distribution publique de gaz dont bénéficie GDF auprès des collectivités territoriales situées dans sa zone de desserte. En effet, les concessions de distribution publiques de gaz ne peuvent être confiées par les collectivités territoriales qu'à GDF dans sa zone de desserte historique. Les communes ou leurs groupements ne jouissent d'une liberté de choix de leur concessionnaire qu'en dehors de ces zones. Plus précisément, les députés et sénateurs soutiennent que si cette atteinte à la liberté contractuelle et à la libre administration des collectivités territoriales était justifiée par la qualité d'entreprise publique de GDF, sur le fondement de l'alinéa 9 du Préambule de 1946, elle ne l'est désormais plus, alors que cette entreprise est privatisée. La réponse du Conseil constitutionnel appelle deux séries de remarques, certaines sur le fond, d'autres sous l'angle contentieux.

Sur le fond, le Conseil constitutionnel rappelle que le principe de libre administration n'interdit pas au législateur d'assujettir des collectivités territoriales ou leur groupement à des obligations à condition, notamment, qu'elles concourent à des fins d'intérêt général. L'adverbe « notamment », utilisé par le Conseil renvoie aux autres conditions qui pèsent au législateur lorsqu'il impose aux collectivités territoriales une obligation ou une charge. Dans une telle situation, selon les principes posés dans la décision du 7 décembre 2000, *Solidarité et renouvellement urbain*, « *le législateur peut, sur le*

---

<sup>40</sup> C.C., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie, précitée*, Cons. n° 34.

<sup>41</sup> *Loc. cit.*, Cons. n° 35.

*fondement des dispositions des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations et à des charges, c'est à la condition que celles-ci répondent à des exigences constitutionnelles ou concourent à des fins d'intérêt général, qu'elles ne méconnaissent pas la compétence propre des collectivités concernées, qu'elles n'entravent pas leur libre administration et qu'elles soient définies de façon suffisamment précise quant à leur objet et à leur portée»<sup>42</sup>. Dans la décision du 30 novembre 2006, l'économie de l'ensemble du considérant de principe semble devoir être liée à la situation contestée, seule la recherche d'une finalité d'intérêt général, justifiant l'obligation fixée par le législateur à la charge des collectivités territoriales, était pertinente en l'espèce.*

La même appréciation est transposée au contrôle du respect de la liberté contractuelle<sup>43</sup>. Selon le Conseil constitutionnel, il peut être également porté atteinte la liberté contractuelle pour la poursuite des mêmes finalités, c'est-à-dire « *notamment (...) des fins d'intérêt général* ». On peut alors s'interroger pour savoir si, au-delà des fins d'intérêt général, auxquelles fait référence la décision<sup>44</sup>, le dispositif général posé dans la décision du 7 décembre 2000 est transposable lorsqu'il s'agit d'apprécier une atteinte à la liberté contractuelle des collectivités territoriales. Si tel était le cas, le législateur ne pourrait porter atteinte à la liberté contractuelle des collectivités territoriales qu'à condition de poursuivre une exigence constitutionnelle ou des fins d'intérêt général et que la portée et l'objet de la limitation soient définis de manière suffisamment précise.

A propos du dispositif contesté, le juge en indique ensuite la portée, c'est-à-dire « *l'exclusivité des concessions de distribution publique de gaz dont bénéficient GDF et les distributeurs non nationalisés dans leur zone de desserte historique* ». GDF n'est pas la seule entité bénéficiaire de cette exclusivité, même si elle en est la principale, les distributeurs non nationalisés disposent également de cette exclusivité dans leur zone de desserte historique. Le Conseil ajoute que « *seules les communes ou leurs groupements qui, au 14 juillet 2005, ne disposaient pas d'un réseau public de distribution de gaz naturel ou dont les travaux de desserte n'étaient pas en cours de réalisation, peuvent concéder la distribution publique de gaz à une*

---

<sup>42</sup> C.C., 2000-436 DC, 7 décembre 2000, *Solidarité et renouvellement urbain*, JORF, 14 décembre 2000, p. 19840, Cons. n° 12.

<sup>43</sup> Voir, pour la protection constitutionnelle implicite de la liberté contractuelle des collectivités territoriales : C.C., n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, *Prévention de la corruption*, RJC-I, p. 516, Cons. n° 37 et s. Sur la liberté contractuelle des collectivités territoriales : M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, PUAM, 2002, 609 p. Pour une protection constitutionnelle indirecte de la liberté contractuelle par l'intermédiaire de l'obligation de respect de « *l'économie des conventions et contrats légalement conclus* » : C.C., n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, JORF, 14 juin 1998, p. 9033, Cons. n° 28 ; n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000, *Solidarité et renouvellement urbain*, précitée, Cons. n° 50.

Pour la reconnaissance explicite de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle : C.C., n° 2000-437 DC, 19 décembre 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, JORF, 24 décembre 2000, p. 20576, Cons. n° 37 ; n° 2002-465 DC, 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, JORF, 18 janvier 2003, p. 1084, Cons. n° 4 ; n° 2003-487 DC, 18 décembre 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, JORF, 19 décembre 2003, p. 21686, Cons. n° 27 et 28 ; n° 2004-490 DC, 17 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, JORF, 2 mars 2004, p. 4220, Cons. n° 93 et 94 ; n° 2004-497 DC, 1<sup>er</sup> juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, JORF, 10 juillet 2004, p. 12506, Cons. n° 20.

<sup>44</sup> Dans la décision du 17 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, le Conseil constitutionnel avait déjà jugé que « *le législateur ne saurait permettre que soit portée aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne serait justifiée par un motif d'intérêt général suffisant* » (C.C., n° 2004-490 DC, 17 février 2004, précitée, Cons. n° 93). Dans la décision du 1<sup>er</sup> juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, il a également vérifié que l'atteinte à la liberté contractuelle reposait bien sur l'intérêt général et que cette liberté n'était pas dénaturée (n° 2004-497 DC, 1<sup>er</sup> juillet 2004, précitée, Cons. n° 20).

*entreprise agréée de leur choix* ». Ainsi délimité dans son étendue, le dispositif, même s'il ne résultait pas de la loi dénoncée, trouvait sa « justification dans la nécessité d'assurer la cohérence du réseau des concessions actuellement géré par Gaz de France et de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution »<sup>45</sup>. De tels intérêts justifient pour le Conseil constitutionnel l'atteinte au principe de libre administration et à la liberté contractuelle.

D'un point de vue contentieux, la solution retenue par le Conseil constitutionnel soulève une interrogation. Le dispositif dénoncé ne résulte en effet pas de la loi déferée mais de lois antérieures. Dans un tel cas, la jurisprudence traditionnelle du Conseil constitutionnel consiste à juger que « la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine, il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi »<sup>46</sup>. Cette formule a subi une variante ponctuelle, aujourd'hui abandonnée. Pour que la loi ancienne soit contrôlée, il fallait que la loi nouvelle « affectent son domaine, la complètent ou, même sans en changer la portée, la modifient »<sup>47</sup>. Le contrôle d'une loi antérieure par une loi nouvelle est en principe explicite, c'est-à-dire que le Conseil constitutionnel précise qu'il procède à un tel contrôle en rappelant son considérant de principe et en vérifiant que les conditions auxquelles est subordonné l'exercice de ce contrôle sont bien réunies. On peut toutefois retenir au moins une décision d'utilisation implicite et positive de ce contrôle avec la décision du 5 mai 1998, *Loi réséda*<sup>48</sup>, dans des circonstances particulières de contrôle d'une loi tirant les conséquences dans l'ordre interne d'un engagement international.

Dans la décision commentée, l'utilisation de la jurisprudence *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie* est doublement problématique. D'une part parce qu'elle est implicite, c'est-à-dire sans aucune mention du considérant de principe ni de vérification des conditions requises, tout en étant parfaitement identifiable. Le Conseil relève en effet que « l'exclusivité des concessions de distribution publique de gaz dont bénéficient Gaz de France et les distributeurs non nationalisés dans leur zone de desserte historique » résulte « des dispositions combinées des articles 1<sup>er</sup> et 3 de la loi du 8 avril 1946 susvisée, ainsi que de l'article 25-1 de la loi du 3 janvier 2003 susvisée et du III de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales ». Le principe d'exclusivité ne résulte donc pas de la loi déferée et encore

<sup>45</sup> C.C., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, précitée, Cons. n° 31.

<sup>46</sup> C.C., n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, RJC-I, p. 223, Cons. n° 3 ; n° 89-256 DC, 25 juillet 1989, *T.G.V. Nord*, RJC-I, p. 355, Cons. n° 10 ; C.C., n° 96-377 DC, 16 juillet 1996, *Loi sur le terrorisme*, RJC-I, p. 671, Cons. n° 10 ; n° 97-388 DC, 20 mars 1997, *Fonds de pension*, RJC-I, p. 701, Cons. n° 15 ; n° 2002-464 DC, 27 décembre 2002, *Loi de finances pour 2003*, JORF, 31 décembre 2002, p. 22103, Cons. n° 41 ; n° 2003-475 DC, 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*, JORF, 31 juillet 2003, p. 13038, Cons. n° 10 ; n° 2004-506 DC, 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*, JORF, 10 décembre 2004, p. 20876, Cons. n° 12 ; n° 2006-538 DC, 13 juillet 2006, *Loi portant règlement définitif du budget de 2005*, JORF, 20 juillet 2006, p. 10894, Cons. n° 11.

<sup>47</sup> C.C., n° 99-414 DC, 8 juillet 1999, *Loi d'orientation agricole*, JORF, 10 juillet 1999, p. 10266, Cons. n° 2 ; n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, *C.M.U.*, JORF, 28 juillet 1999, p. 11250, Cons. n° 32.

<sup>48</sup> C.C., n° 98-399 DC, 5 mai 1998, *Entrée et séjour des étrangers en France et droit d'asile*, JORF, 12 mai 1998, p. 7092.

Voir en ce sens : F. LUCHAIRE, « La loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers et au droit d'asile devant le Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1998, p. 1026 ; J.-E. SCHOETTL, *A.J.D.A.*, n° 6, 1998, p. 491.

moins de l'article 39 de celle-ci, qui a pour seule conséquence de transférer cette exclusivité à une entreprise privée.

D'autre part, l'exercice du contrôle d'une loi promulguée est problématique et met en lumière toutes les ambiguïtés que recèle la jurisprudence *Etat d'urgence en Nouvelle Calédonie*<sup>49</sup>. Déjà, le Conseil constitutionnel ne répond pas au grief tel qu'il est soulevé par les requérants. En effet, il ne juge pas, comme le demandaient les requérants, la question du transfert du principe d'exclusivité à une entreprise privée mais seulement le principe de l'exclusivité. En ne jugeant que cette question, le cœur de la difficulté est éludé : une entreprise privée se voit transférer un droit exorbitant du droit commun qui concerne 76 % de la population française sur l'ensemble du territoire. Tel est en effet la dimension du réseau de concessions de distribution publique de gaz naturel, étant entendu par ailleurs que 96 % de la population est desservie en gaz naturel par GDF et 4 % par les distributeurs non nationalisés<sup>50</sup>. Il n'y a peut-être pas de monopole, mais une atteinte indiscutable à la libre concurrence. Un motif d'intérêt général peut-il justifier que l'on maintienne à une entreprise privée une telle exclusivité ? Le Conseil ne répond pas. Il existe un motif d'intérêt général justifiant l'exclusivité, mais on ne sait si un tel motif justifie qu'elle soit transférée à une personne privée. Autrement dit, l'exclusivité telle qu'elle résulte de lois antérieures, non remises en cause par la loi nouvelle comme le précise le juge, est justifiée, sans que l'on sache ce qu'il en est de l'exclusivité telle qu'elle résulte de la loi nouvelle, c'est-à-dire transférée à une personne privée ? Le Conseil semble juger du principe dans sa formulation issue de lois antérieures et non tel qu'il apparaît avec la loi nouvelle, alors même que la difficulté d'ordre constitutionnel présente son acuité avec cette dernière loi. En revanche, si l'on considère que le juge, au lieu d'avoir éludé le grief, y a bien répondu de manière implicite, il a alors reconnu la conformité à la Constitution de l'attribution à une entreprise privée d'une exclusivité des concessions de distribution de gaz concernant 76 % de la population française dès lors qu'une telle attribution repose sur un motif d'intérêt général.

On peut ensuite s'interroger sur la question même de savoir si les lois antérieures sont affectées, modifiées ou complétées par la loi nouvelle. Le juge précise que « *le législateur [de 2006] n'a pas remis en cause l'exclusivité des concessions de distribution publique de gaz* ». Cette absence de « remise en cause » n'empêchait-elle pas l'exercice du contrôle *a posteriori* conformément à la jurisprudence de 1985 ? La loi nouvelle n'a aucune vocation à affecter le principe posé par une législation antérieure, il est purement et simplement non envisagé par l'article 39 de la loi contrôlée. Doit-on comprendre que le seul lien formel, une loi nouvelle modifiant une loi antérieure, suffit pour exercer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* quel que soit l'apport de la loi nouvelle à la loi antérieure ? La loi nouvelle n'est plus qu'un prétexte pour contester la loi ancienne, peut importe qu'elle apporte quelque chose à cette dernière. Une telle solution constituerait incontestablement

---

<sup>49</sup> Voir pour une étude exhaustive sur cette jurisprudence mettant en avant ses ambiguïtés : YENG SENG (W.), « Le contrôle des lois promulguées dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un mystère en voie de dissipation ? », cette *revue*, n° 61, 2005, pp. 35-71.

<sup>50</sup> Voir sur ces chiffres : G. MARCOU, « Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 ? », *précité*, p. 195.

un revirement jurisprudentiel ouvrant la voie au développement potentiel du contrôle de lois déjà promulguées devant le Conseil constitutionnel. Une autre interprétation, moins conflictuelle, peut toutefois être avancée. Il est possible de considérer que les conditions posées par la jurisprudence de 1985 sont en l'espèce réunies. Le domaine d'application de la législation posant le principe d'exclusivité est « affectée » par la loi déferée dans la mesure où, comme le soutiennent les requérants, ce droit est transférée à une entreprise privée. Le Conseil constitutionnel aurait ainsi appliqué la jurisprudence classique de manière implicite en jugeant, implicitement mais nécessairement, que le transfert de l'exclusivité à une entreprise privée affectait le domaine d'application de la législation antérieure. Selon une telle interprétation, il y aurait lieu de distinguer entre le *lien instrumental* unissant la loi antérieure et la loi nouvelle, qui autorise l'exercice du contrôle si la seconde affecte, modifie ou complète la première, et l'*objet du contrôle*, qui peut très bien être la seule loi antérieure et non la loi antérieure telle qu'elle est modifiée par la loi nouvelle.

La censure d'un dispositif de privatisation par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 ne marque pas le signe d'un durcissement des contraintes pesant sur le législateur telles qu'elles avaient pu être imaginées par les constituants de 1946. La décision du 30 novembre 2006 est ancrée dans un contexte particulier qui a permis de censurer le dispositif sans le faire de manière définitive. La solution retenue ménage les différentes sensibilités politiques. Ceux qui ont à cœur de voir le respect de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution sanctionné par le juge se réjouiront de la première censure prononcée sur ce fondement pour la période avant le 1<sup>er</sup> juillet 2007. Ceux qui s'inquiéteraient d'une telle censure pourront parfaitement l'occulter puisque, en définitive, la privatisation est licite d'un point de vue constitutionnel à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2007. En revanche, sous l'angle de la sanction du respect du droit communautaire, le juge constitutionnel a franchi un palier en soulevant d'office un moyen tiré de la violation d'une directive par la loi de transposition pour censurer celle-ci. Devant le Conseil constitutionnel, la contrainte communautaire pèse désormais de manière forte sur le législateur lorsqu'il est conduit à transposer une directive communautaire. La décision ne développera peut-être pas sa pleine portée là où elle a le plus surpris.

Xavier Magnon  
Professeur à l'Université de Perpignan