

ÉTUDE RELATIVE À LA CONSTITUTIONNALITÉ DE L'ARTICLE L.111-52 DU CODE DE L'ÉNERGIE.

Par Dominique ROUSSEAU

Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne

Sommaire

I. L'ARTICLE L111-52 DU CODE L'ÉNERGIE PORTE ATTEINTE À LA LIBRE ADMINISTRATION LOCALE.

A. LA PROTECTION EFFECTIVE DE LA LIBRE ADMINISTRATION LOCALE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL.

1. UNE PROTECTION ANCIENNE

2. UNE PROTECTION RENFORCÉE

B. L'ABSENCE D'INTÉRÊT GÉNÉRAL SUFFISANT.

1. LA PÉRÉQUATION TARIFAIRES PEUT SE RÉALISER EN DEHORS D'UN MONOPOLE.

2. LA COHÉRENCE DU RÉSEAU DE L'ÉLECTRICITÉ N'EXIGE PAS DE MONOPOLE.

II. L'ARTICLE L111-52 DU CODE DE L'ÉNERGIE PORTE ATTEINTE À LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE.

A. L'APPLICATION DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE AUX CONCESSIONS DE DISTRIBUTION D'ÉLECTRICITÉ.

B. L'INCONSTITUTIONNALITÉ DE L'OBLIGATION DE CONTRACTER.

III. L'ARTICLE L111-52 DU CODE L'ÉNERGIE PORTE ATTEINTE AU PRINCIPE D'ÉGALITÉ.

A. L'ARTICLE L111-52 DU CODE L'ÉNERGIE ORGANISE UNE RUPTURE D'ÉGALITÉ.

B. LA RUPTURE D'ÉGALITÉ N'EST PAS JUSTIFIÉE PAR UNE DIFFÉRENCE DE SITUATION.

C. LA RUPTURE D'ÉGALITÉ N'EST PAS JUSTIFIÉE PAR UNE DIFFÉRENCE UN MOTIF D'INTÉRÊT GÉNÉRAL.

La gestion des réseaux publics de distribution de gaz et d'électricité est réglementée par les articles L.111-51 à L.111-56 du Code l'énergie. Ces articles précisent que les collectivités locales sont « les autorités organisatrices » du réseau. L'article L111-52 attribue la qualité de gestionnaire du réseau, au nom des collectivités, à deux acteurs : la « société gestionnaire des réseaux publics de distribution issue de la séparation entre les activités de gestion de réseau public de distribution et les activités de production ou de fourniture exercées par Électricité de France », c'est-à-dire, Électricité réseau distribution de France (ERDF), qui gère 95% du réseau, et « les entreprises locales de distribution » (ELD), c'est-à-dire, « les sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'État ou les collectivités locales détiennent la majorité du capital, les coopératives d'usagers et les sociétés d'intérêt collectif agricole concessionnaires de gaz ou d'électricité, ainsi que les régies constituées par les collectivités locales, existantes au 9 avril 1946 et dont l'autonomie a été maintenue après cette date ». Ces dernières gèrent les 5% restant du réseau sur le territoire national.

Le Code de l'énergie aménage donc une situation un peu curieuse puisqu'il met en place une situation de quasi-monopole pour ERDF, tout en organisant une situation contractuelle entre les acteurs du secteur. Les collectivités doivent donc contracter, mais elles n'ont ni la possibilité de refuser le contrat, ni la possibilité de choisir le partenaire contractuel.

La majorité des concessions en la matière a été signée dans les années 60 pour une durée de 50 ans. Le renouvellement de la concession à Paris a donné lieu à un contentieux au cours duquel une QPC a été posée afin de déterminer la constitutionnalité du dispositif législatif, et plus particulièrement l'article L111-52 du Code de l'énergie qui liste les gestionnaires autorisés — ERDF et les ELD — et l'article L111-54 qui précise ce qu'est une ELD.

Il sera ici démontré que l'article L111-52 porte une atteinte caractérisée à trois principes constitutionnels : la libre administration locale (I), la liberté contractuelle (II) et le principe d'égalité (III).

I. L'ARTICLE L111-52 DU CODE L'ÉNERGIE PORTE ATTEINTE À LA LIBRE ADMINISTRATION LOCALE.

A. LA PROTECTION EFFECTIVE DE LA LIBRE ADMINISTRATION LOCALE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL.

1. UNE PROTECTION ANCIENNE.

Le droit des collectivités territoriales a des bases constitutionnelles. L'article premier de la constitution de 1958, bien sûr, qui, depuis la révision de 2003, énonce que l'organisation de la République est « décentralisée », mais aussi l'article 72 qui reconnaît à ces collectivités le droit de s'administrer librement. Ce principe de libre administration locale revêt deux dimensions potentiellement contraires : une dimension « positive » qui fonde la compétence du seul législateur pour mettre en œuvre ce principe constitutionnel ; une dimension « négative » qui interdit au législateur de porter atteinte à la libre administration des collectivités territoriales. Le principe de libre administration est donc un principe protecteur des collectivités territoriales qu'elles peuvent, depuis le 1^{er} mars 2010, directement invoquer à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Ce principe de libre administration n'est cependant pas synonyme de libre gouvernement local. Même décentralisée dans son organisation depuis 2003, la France reste un État « unitaire », c'est-à-dire, un État où les collectivités territoriales ne possèdent ni le pouvoir d'autodéterminer leurs compétences ni le pouvoir d'autodéterminer leurs ressources. Il revient à l'État, précisément à la loi, de déterminer les unes et les autres. Sous réserve, et c'est ici que le principe de libre administration locale prend tout son intérêt, que la détermination étatique des compétences et des ressources ne prive les collectivités territoriales de toute liberté d'action. Ni gouvernement du local par l'État, ni gouvernement du local par les élus locaux, la libre administration locale dessine un « entre-deux » par définition instable, incertain et insatisfaisant. Ainsi, il est impossible de déterminer *a priori* le contenu du principe de libre administration locale ; il est seulement une limite « de principe » à l'action du législateur et son contenu se révèle progressivement, c'est-à-dire, au fil des exigences que le Conseil constitutionnel fait découler de ce principe et dont il impose le respect au législateur. Il a, par exemple, jugé que le principe de libre administration imposait au législateur de faire de l'élection le mode de désignation des conseils, de donner aux collectivités des compétences d'attribution effectives et pas seulement consultatives, de leur laisser une liberté dans le recrutement de leur personnel, de ne pas entraver leur liberté contractuelle... La liste n'est certainement pas close ; elle se complète « en creux » ou « en négatif » puisqu'elle dépend des jugements du Conseil constitutionnel sur ce qu'il convient de qualifier « d'atteintes au principe de libre administration locale ».

2. UNE PROTECTION RENFORCÉE.

Évidemment, la question de la constitutionnalité du monopole de la distribution de l'électricité n'a pas attendu 2012 pour se poser. Elle s'est posée, déjà, en 1946, lorsque le Parlement a souhaité nationaliser les services de distribution de l'électricité. Elle s'est aussi posée, plus récemment, dans le domaine différent, mais très proche de la distribution du gaz. Dans les deux cas, le principe de libre administration des collectivités territoriales

n'avait pas la même force qu'aujourd'hui.

En 1946, le principe de libre administration locale n'était pas consacré par la Constitution. À cette époque, la France était encore centralisée et ne bénéficiait pas de structures locales suffisamment autonomes, suffisamment libres pour revendiquer un libre choix dans la détermination de l'organisme en charge de la distribution de l'électricité sur leur territoire local. Dans ce cadre, la loi ne portait pas atteinte à la libre administration des collectivités locales, car, tout simplement, la libre administration locale n'existe pas.

Or, si l'obligation de contracter avec EDF n'a pas évolué depuis 1946, la liberté des collectivités, elle, a profondément muté. D'abord par les nombreuses lois de décentralisation votées par le Parlement au cours des années 80 et 90 et qui ont considérablement renforcé l'autonomie des collectivités, y compris sur le plan contractuel. Mais aussi, et surtout, par la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 qui a consacré la libre administration comme un principe constitutionnel et fait de la France un État expressément « décentralisé ». Autrement dit, avant 2003, la libre administration était un principe consacré par le Conseil, mais qui n'avait aucune assise constitutionnelle ; depuis 2003, elle bénéficie de fondements constitutionnels précis. Cela ne change pas sa valeur juridique, mais cela change son importance et son poids au sein des principes constitutionnels eux-mêmes. *En d'autres termes, la libre administration locale a connu un renforcement constant dans les dernières décennies, et il faut donc relire la loi de 1946 à l'aune de ce renforcement.*

Ce renforcement de la protection de la libre administration locale s'est encore accentué avec le développement de la QPC depuis 2009. Depuis l'instauration de cette nouvelle voie de droit, la libre administration a connu un regain d'attention qui s'est manifesté par une jurisprudence du Conseil à la fois riche et soucieuse de préserver l'espace de liberté des collectivités.

Par exemple, dans sa décision *commune de Dunkerque* du 2 juillet 2010¹, le Conseil a estimé que le principe de libre administration des collectivités locales faisait bien partie de la catégorie des « droits et libertés que la Constitution garantit », lui ouvrant ainsi la porte du contentieux de la QPC.

Par exemple encore, le Conseil a censuré le dispositif législatif organisant les rapports entre l'État et les collectivités de la Polynésie française dans la *décision du 17 mars 2011*², en estimant que le régime dérogatoire de contrôle préalable qui frappe les collectivités locales composant la Polynésie française était contraire à la libre administration locale. Cette solution est d'autant plus importante que le régime dérogatoire de la Polynésie s'est souvent justifié par le particularisme de l'île. Or en l'espèce, le Conseil confirme la pleine applicabilité de la libre administration, y compris dans ce cas particulier de la Polynésie

¹ CC 2010-12 QPC, 2 juill. 2010, JO 3 juill. 2010, p. 12121.

² CC 2010-107 QPC, 17 mars 2011, JO 18 mars 2011, p. 4936.

française.

De la même manière, le Conseil a également censuré les dispositions interdisant la modulation des aides publiques en matière d'eau potable et d'assainissement dans sa *décision du 8 juillet 2011*³. **Cette affaire est très intéressante pour le cas présent, car elle met en lumière la liberté constitutionnelle des collectivités de gérer un service en régie si elles le souhaitent.**

En principe, les communes ou les groupements de communes gèrent librement leur service d'eau potable et d'assainissement. Pour mener à bien cette mission, elles sont aidées financièrement par le département, notamment lorsqu'il s'agit de réaliser des investissements nouveaux. Dans les années 90, plusieurs rapports ont dénoncé le surcout engendré par la gestion déléguée des services de l'eau dans les communes. La conclusion était étonnante à l'époque puisque, de tout temps, la gestion déléguée était considérée comme moins couteuse que la gestion en régie.

Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, l'administration française est en voie de « contractualisation » et peu de voix s'étaient élevées pour contester ce processus. Le changement de perspective, à la suite des rapports sur la gestion de l'eau, s'est d'abord illustré par un changement du mode de fonctionnement des communes elles-mêmes : certaines vont tout simplement revenir à l'ancienne formule de la gestion directe en assurant la gestion du service avec leurs propres moyens. Il s'est également illustré par une politique incitative des départements puisque plusieurs conseils généraux ont décidé de mettre en place une modulation des aides accordées en fonction du mode de gestion choisi par la commune : en cas de gestion directe, c'est-à-dire la régie, les aides sont bonifiées, et au contraire, en cas de gestion déléguée, elles sont minorées. L'objectif étant de favoriser le mode de gestion en régie dans l'optique, tout à fait louable, d'alléger les dépenses publiques et la facture pour le contribuable. Mais certaines communes vont déceler dans cette modulation une authentique contrainte. Elles vont voir dans ce mécanisme incitatif l'immixtion des départements dans le choix du mode de gestion du service des eaux. Sous la pression des communes, le Parlement va intervenir pour interdire cette modulation des aides. Mais le Conseil va censurer le dispositif, au nom de la libre administration locale des départements. Ces derniers peuvent donc décider, librement, d'accorder des aides bonifiées aux communes qui choisissent la gestion en régie du service de l'eau, à l'inverse de celles qui choisissent la gestion déléguée. En creux, le Conseil admet le bienfondé de la gestion en régie et lui accorde un « soutien » constitutionnel par le principe de libre administration.

En tout état de cause, ces quelques exemples témoignent du renforcement récent de la libre administration dans la jurisprudence du Conseil.

La question qui se pose alors est celle de savoir si l'article L111-52 porte

³ CC 2011-146 QPC, 08 juill. 2011, JO 9 juill. 2011, p. 11978.

effectivement atteinte à la libre administration. Une réponse positive paraît évidente pour deux raisons.

D'abord par ce qu'en imposant un partenaire contractuel pour la concession de la distribution de l'électricité, la loi impose un choix aux collectivités en charge du réseau. Or ce choix, puisqu'il concerne une compétence normalement du ressort des collectivités, devrait être, en principe, totalement libre. Sans se prononcer, pour l'instant, sur la question de l'intérêt général, il est donc manifeste que l'article L111-52 constitue bien une atteinte à un principe constitutionnel.

En réalité, et c'est la deuxième raison, le Conseil en a lui-même convenu dans sa décision du 30 novembre 2006⁴. Certes, en l'espèce, les dispositions législatives critiquées concernent le gaz, et non l'électricité. Cela dit, sur ce point, le problème était similaire car les requérants reprochaient à la loi de maintenir une obligation de contracter en faveur d'une société commerciale (GDF ayant, pour l'occasion, perdu son statut d'entreprise publique). Comme pour l'électricité, il existe donc une obligation pesant sur les collectivités de concéder la distribution du réseau de gaz à une entreprise déterminée par la loi. En l'espèce, le Conseil écarte le grief en constatant un motif d'intérêt général susceptible de justifier l'atteinte à la Constitution. Mais — et c'est ce qui importe à cet instant de la démonstration — il constate aussi l'atteinte portée par la loi au principe de libre administration.

Autrement dit, en appliquant cette solution au cas présent, il ne fait pas de doute que l'article L111-52 serait jugé contraire à la Constitution.

Évidemment, il faut encore déterminer si un motif d'intérêt général suffisant permet de justifier cette atteinte, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

B. L'ABSENCE D'INTÉRÊT GÉNÉRAL SUFFISANT.

Comme tout principe constitutionnel, la libre administration locale n'est pas un principe absolu. Le législateur peut légitimement lui porter atteinte à une condition : il doit, en effet, mettre en avant un intérêt général justifiant son action. Le Conseil vérifie alors que cet intérêt général présenté par le législateur, généralement dans les motifs de la loi, est bien « suffisant » pour autoriser la méconnaissance d'une règle constitutionnelle.

Il faut également préciser un point important pour le cas présent : *de jurisprudence constante, le juge constitutionnel ne s'estime pas lié par l'intérêt général avancé par le législateur au moment de l'adoption de la loi*. Pour le Conseil, cet intérêt général n'est pas figé à un moment donné ; il peut évoluer, voire disparaître, si les circonstances économiques, sociologiques, technologiques, etc. ont changé depuis l'adoption de la loi.

⁴ Cons. const. 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC : JO 8 déc. 2006, p. 18544

Autrement dit, si l'intérêt général de 1946 pouvait justifier un monopole de la distribution de l'électricité, ce même intérêt général ne justifie pas nécessaire le monopole au moment présent.

Pour déceler le motif d'intérêt général aujourd'hui nécessaire pour légitimer l'atteinte portée par l'article L111-52 à la libre administration locale, il est possible de se tourner vers la décision du 30 novembre 2006. Dans cette décision, le Conseil a accepté l'atteinte à la libre administration en soulignant deux motifs d'intérêt général : la péréquation tarifaire et la cohérence du réseau. Pour le cas présent, ces deux motifs ne sont pas pertinents.

1. LA PÉRÉQUATION TARIFAIRE PEUT SE RÉALISER EN DEHORS D'UN MONOPOLE.

Selon une idée répandue, mais douteuse, la péréquation tarifaire, c'est-à-dire, le fait de permettre un même tarif sur l'ensemble du territoire national, est rendue possible par l'existence d'un monopole de la distribution de l'électricité. Or deux arguments militent en sens inverse.

Premièrement, la péréquation tarifaire n'est pas la conséquence d'un monopole, quel que soit le secteur considéré, mais d'éléments « correcteurs » du marché qui permettent une régulation des prix sur un territoire donné. Ces facteurs peuvent être juridiques en ce sens qu'une réglementation peut imposer aux acteurs du marché un prix déterminé, en dépit de la valeur réelle du bien ou du service rendu. Ces facteurs peuvent aussi être internes à une entreprise qui va décider, librement, d'appliquer une politique tarifaire identique sur l'ensemble du territoire afin, notamment, de bénéficier d'une politique tarifaire plus lisible pour le consommateur. C'est par exemple le cas pour les services de téléphonie puisque les tarifs pratiqués par telle ou telle entreprise sont identiques sur l'ensemble du territoire, alors que le cout effectif du service, lui, est évidemment différent en fonction des régions concernées. Enfin, ces facteurs peuvent être « concurrentiels » en ce sens que les entreprises peuvent souhaiter appliquer un tarif identique sur l'ensemble du territoire afin de répondre efficacement aux tarifs proposés par la concurrence.

Deuxièmement, l'existence d'un monopole ne garantit en rien un tarif unique sur un territoire déterminé. L'entreprise qui jouit de cette position monopolistique peut tout à fait décider d'appliquer des tarifs différents en fonction des couts réels du service rendu sur telle ou telle partie du territoire. C'est le cas, par exemple, d'entreprises qui, sans être dans une situation monopolistique, bénéficient d'une situation privilégiée sur un marché, notamment le marché des « abribus » ou le marché de l'eau.

En d'autres termes, plusieurs entreprises peuvent très bien assurer une péréquation tarifaire, et une seule entreprise peut, à l'inverse, ne pas assurer de péréquation tarifaire. L'existence de la péréquation ne dépend pas d'un monopole, mais de contraintes, parfois juridiques, obligeant l'entreprise à réaliser la péréquation. Si demain, le monopole d'ERDF et des ELD

devait disparaître, le législateur pourrait tout à fait, pour maintenir la péréquation, accompagner cette disparition d'obligations tarifaires. C'est là un choix politique, au sens premier du terme. **Il est simplement faux de dire qu'une situation de monopole garantit la péréquation tarifaire.**

2. LA COHÉRENCE DU RÉSEAU DE L'ÉLECTRICITÉ N'EXIGE PAS DE MONOPOLE.

Le deuxième motif d'intérêt général qui pourrait justifier l'article L111-52 du Code de l'énergie est celui de la cohérence du réseau, selon les termes de la décision du 30 novembre 2006. En creux, l'idée est la suivante : une seule entreprise peut gérer le réseau de façon uniforme sur l'ensemble du territoire national. Comme pour la péréquation tarifaire, cet argument est très discutable. En réalité, la cohérence du réseau de distribution de l'électricité – objectif évidemment louable – n'est pas garantie par la présence d'une seule et même entreprise. Celle-ci peut décider de concentrer ses efforts sur telle ou telle partie du réseau, pour des raisons financières, humaines, techniques, etc. Là encore, l'important n'est pas l'existence d'une entité unique, mais l'existence d'une contrainte pesant sur cette entreprise – ou plusieurs – afin de garantir la cohérence du réseau. La plupart du temps, ces contraintes sont de types juridiques, en ce sens que l'État va réguler le marché afin d'obliger les acteurs à un certain niveau de cohérence, qu'il aura lui-même décidé. Mais, évidemment, le seul fait d'instaurer un monopole ne garantit en rien cette cohérence du réseau.

Autrement dit, et pour résumer : l'objectif d'intérêt général tenant à la péréquation tarifaire et à la cohérence du réseau de distribution de l'électricité sont des motifs tout à fait légitimes ; ils peuvent justifier une atteinte à la libre administration des collectivités locales en imposant par exemple une réglementation spécifique du marché. En revanche, **le monopole de la distribution de l'électricité ne garantit absolument pas le respect de ces exigences d'intérêt général. L'existence de ce monopole porte donc une atteinte injustifiée au principe de libre administration locale.**

II. L'ARTICLE L111-52 DU CODE DE L'ÉNERGIE PORTE ATTEINTE À LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE.

A. L'APPLICATION DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE AUX CONCESSIONS DE DISTRIBUTION D'ÉLECTRICITÉ.

Avant même de déterminer si l'article L111-52 du Code de l'énergie porte atteinte à la liberté contractuelle, il faut d'abord savoir si le principe s'applique au cas d'espèce, c'est-à-dire, à l'égard des personnes publiques.

Sur cette question, une partie de la doctrine a soutenu que la liberté contractuelle concerne exclusivement les personnes privées, car elles seules détiennent la liberté d'agir selon leur bon vouloir. Les collectivités publiques seraient à l'inverse bénéficiaires de compétences, et non de libertés, et elles ne pourraient donc jouir d'authentiques libertés.

Cet argument n'a pas été retenu par le Conseil constitutionnel qui a reconnu, dans sa décision du 19 juillet 1983⁵, la possibilité pour une personne publique de nouer des relations contractuelles, y compris avec une autre personne publique. À partir du milieu des années 80, cette jurisprudence est confirmée à de nombreuses reprises⁶. Le juge constitutionnel a ensuite reconnu, de façon expresse, la liberté contractuelle des personnes publiques dans deux décisions. Il a d'abord reconnu la liberté contractuelle des communes dans la décision du 30 novembre 2006⁷ à propos, justement, de contrats de concession de la distribution du gaz. Il a également reconnu la liberté contractuelle des établissements publics de santé dans sa décision QPC du 16 juillet 2009⁸. Dans cette dernière décision, il a évoqué « la liberté de contracter de ces établissements ».

Aujourd'hui, d'une manière générale, le Conseil se montre très soucieux de préserver la liberté contractuelle des individus et des collectivités. En réalité, cette liberté, plus qu'aucune autre, a connu une très nette progression ces dernières décennies au point d'être aujourd'hui l'une des libertés les plus invoquées dans le contentieux constitutionnel. Il faut donc être très attentif à l'égard d'une loi qui oblige à contracter avec un partenaire contractuel unique.

Plus précisément, la liberté contractuelle protège deux aspects du contrat.

Elle protège d'abord la naissance du contrat, la conclusion du contrat. Le Conseil a consacré cet aspect de la liberté contractuelle dans la décision du 19 décembre 2000⁹. Au détour d'un considérant d'espèce, le Conseil reconnaît explicitement la valeur constitutionnelle du principe : « la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration ». En conséquence, lorsque le législateur souhaite réglementer les conditions d'accès à un contrat, il doit le faire en respectant la liberté des conventions et en limitant les entraves rendues nécessaires par l'intérêt général ou la protection de l'ordre public.

La liberté contractuelle protège aussi le déroulement du contrat, sa pérennité. Dans la décision du 10 juin 1998¹⁰, il était question, pour le Conseil, de savoir si la nouvelle loi pouvait contredire les conventions collectives signées sous l'empire de la loi ancienne.

⁵ Cons. const. 19 juill. 1983, n° 83-160 DC : Rec. p. 43.

⁶ Sur les contrats administratifs, voir : Cons. const. 20 janv. 1993, n° 92-316 DC : Rec. p. 14 — Cons. const. 26 janv. 1995, n° C 94-358 DC : Rec. p. 183 — Cons. const. 6 déc. 2001, n° 2001-452 DC : Rec. p. 156 — Cons. const. 22 août 2002, CC 2002-460 DC : Rec. p. 198 - Cons. const. 29 août 2002, n° 2002-461 DC : Rec. p. 204 - Cons. const. 26 juin 2003, CC 2003-473 DC : Rec. p. 382 — Cons. const. 2 déc. 2004, n° 2004-506 DC : Rec. p. 211.

⁷ Cons. const. 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC : JO 8 déc. 2006, p. 18544.

⁸ Cons. const. 16 juill. 2009, n° 2009-584 DC : JO 22 juill. 2009, p. 12244.

⁹ Cons. const. 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC : Rec. p. 176.

¹⁰ Cons. const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC : Rec. p. 258.

Autrement dit, le législateur pouvait-il déjouer les prévisions des cocontractants en appliquant immédiatement les nouvelles dispositions aux situations contractuelles déjà formées ? À cela, le Conseil répond que « le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaîsse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration ».

L'important est ici de constater que, en l'espèce, il s'agit du premier aspect de la liberté contractuelle, c'est-à-dire, la protection de la formation des contrats. En obligeant les collectivités à la conclusion des contrats avec un partenaire déterminé, le législateur ne porte pas atteinte aux « contrats en cours », il porte atteinte aux « contrats à venir », à la capacité contractuelle des collectivités. Or, c'est précisément cet aspect de la liberté contractuelle qui a été reconnu pour les collectivités publiques dans les décisions du 30 novembre 2006 et du 16 juillet 2009 (*PREC.*).

B. L'INCONSTITUTIONNALITÉ DE L'OBLIGATION DE CONTRACTER.

L'article L111-52 du Code de l'énergie porte atteinte à deux aspects de la liberté contractuelle. Il oblige d'abord à choisir un certain cocontractant puisque la loi énumère précisément les partenaires contractuels des collectivités pour la concession de la distribution de l'électricité, c'est-à-dire, les ELD ou ERDF, sans possibilité de faire appel à un partenaire différent. Il oblige ensuite à la conclusion d'un contrat car la collectivité doit nécessairement « déléguer » la gestion du réseau aux entités désignées par la loi, ce qui implique un contrat de délégation de service public.

La première obligation pose des difficultés pratiques importantes puisque la collectivité ne peut pas choisir librement son cocontractant. Une partie de la doctrine estime, du reste, que les règles de « choix » du partenaire contractuel prévues par la loi (et notamment les règles de publicité) ne s'appliquent pas au cas présent, car ces procédures ont précisément pour finalité de permettre un choix le plus éclairé possible du gestionnaire de tel ou tel service public. Autrement dit, l'absence de choix condamne les procédures légales à être parfaitement inutiles. Cela dit, il existe de nombreux exemples de cocontractant « imposé » par la loi, à la fois pour les collectivités – la distribution électrique en est un exemple – et pour les individus. Cette obligation reste acceptable lorsque les personnes concernées ont le choix de ne pas contracter, c'est-à-dire, le choix d'exécuter elle-même la prestation, ou de ne pas l'exécuter du tout. Or, dans le cas présent, non seulement les collectivités doivent faire choisir un partenaire déterminé, mais elles sont également obligées de contracter.

Chose curieuse, le législateur a donc maintenu un cadre contractuel pour un régime juridique qui s'apparente en tout point au régime de l'unilatéralité, de la décision imposée « d'en haut ». D'ordinaire, le contrat témoigne d'un espace de liberté laissé aux acteurs. Or en l'espèce, il n'existe plus aucun espace de liberté si bien que le contrat devient ici

parfaitement illusoire. *En ce sens, l'article L111-52 porte une atteinte très forte à la liberté contractuelle.*

Pour corriger cette inconstitutionnalité, il existe pourtant une solution peu coûteuse. Il suffit, en effet, de modifier l'article L111-54 en supprimant les mots suivants : « existant au 9 avril 1946 et dont l'autonomie a été maintenue après cette date. ». En faisant cette correction, la création des ELD n'est plus limitée dans le temps et toutes les collectivités pourraient donc, à l'avenir, créer des ELD. De cette façon, le marché de l'électricité demeure réglementé et limité à quelques acteurs, ce qui permet de maintenir les exigences constitutionnelles de péréquation et de cohérence, tout en permettant aux collectivités qui le souhaitent de gérer elles-mêmes le réseau par le biais des ELD.

III. L'ARTICLE L111-52 DU CODE DE L'ÉNERGIE PORTE ATTEINTE AU PRINCIPE D'ÉGALITÉ.

L'article L111-52 du Code de l'énergie porte atteinte à un troisième principe constitutionnel : le principe d'égalité.

Aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789 : « La loi... doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse... ».

Cette disposition protège l'égalité devant la loi, c'est-à-dire, une égalité de tous les individus face aux normes législatives. Mais cette protection n'est évidemment pas absolue et, de jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel estime que 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 (en ce sens, par exemple, CC 87-232 DC du 7 janvier 1988, R. p. 17).

Avant de déterminer si l'article L111-52 du Code l'énergie peut se réclamer de ce régime dérogatoire, il est d'abord nécessaire de savoir s'il organise bien une rupture d'égalité, c'est-à-dire, s'il conduit réellement à une discrimination. Dans ce cas seulement, il convient de vérifier si l'atteinte au principe d'égalité se justifie, ou non, au regard de la jurisprudence constitutionnelle. Or, **il apparaît que l'article L111-52 du Code l'énergie organise bien une rupture d'égalité (A), qui n'est justifiée ni par une différence de situation (B), ni par un intérêt général (C).**

A. L'ARTICLE L111-52 DU CODE L'ÉNERGIE ORGANISE UNE RUPTURE D'ÉGALITÉ.

Pour savoir si l'article L111-52 du Code l'énergie organise une rupture d'égalité, il faut se poser deux sortes de questions : les demandeurs peuvent-ils se prévaloir de ce principe constitutionnel ? Et l'égalité est-elle menacée par la présence d'un monopole ?

1. LA PREMIÈRE QUESTION CONCERNE LE STATUT PARTICULIER DES DEMANDEURS.

En effet, le Conseil pourrait estimer que le principe d'égalité ne s'applique pas au litige en raison de la spécificité des acteurs concernés, à savoir des personnes morales de droit public. Autrement dit, il faut déterminer si le principe d'égalité s'applique, ou non, à l'égard des collectivités territoriales. À cela, le Conseil a d'abord répondu en admettant que le principe d'égalité puisse être invoqué au bénéfice des personnes morales. Le Conseil a ainsi accepté d'examiner si le fait d'exclure certains établissements publics – Électricité de France en particulier – d'un régime d'exonération fiscale ne provoquait pas, entre les établissements, une inégalité contraire à la Constitution (CC 79-112 DC, 9 janv. 1980, R. p. 32). Il a également fait jouer ce principe à l'égard des syndicats (CC 80-117 DC, 22 juill. 1980, R. p. 42), des associations (CC 81-129 DC, 30 et 31 oct. 1981, R. p. 35) et des sociétés commerciales et industrielles (CC 81-132 DC, 16 janv. 1982 DC, R. p. 18). *Le principe d'égalité a donc une portée « universelle » et s'applique indistinctement aux individus, aux entreprises, et aux collectivités publiques.*

2. LA DEUXIÈME QUESTION CONCERNE LE CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ.

Le principe d'égalité est traditionnellement qualifié de principe gigogne, en ce qu'il se décompose en une multitude, jamais finie, de cas d'application.

La valeur du principe d'égalité est reconnue pour la première fois par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 décembre 1973 (CC 73-51 DC, 27 déc. 1973, R. p. 25). Cette reconnaissance n'a pas surpris tant l'égalité est contenue dans de nombreux textes constitutionnels : les articles 1 et 3 de la Constitution de 1958, mais aussi différents alinéas du Préambule de 1946 et les articles 1, 6 et 13 de la Déclaration de 1789.

Il reste évidemment à savoir si, et dans quelle mesure, l'article L111-52 du Code de l'énergie méconnait le principe d'égalité. Cette méconnaissance se matérialise en réalité à deux niveaux :

— Entre les collectivités locales elles-mêmes puisque certaines peuvent s'appuyer sur les ELD pour gérer la distribution de l'électricité. Or, comme la loi le précise justement, ces ELD sont des « sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'État ou les collectivités locales détiennent la majorité du capital (...) ainsi que les régies constituées par les collectivités locales » (article L111-54 du Code de l'énergie). À ce jour, seuls 5% du territoire est

concerné par les ELD. Selon le Code de l'énergie, ces ELD doivent avoir été créées avant 1946 pour pouvoir gérer le réseau de la distribution de l'électricité.

Il existe donc une différence de traitement entre, d'une part, les communes qui peuvent gérer la distribution de l'électricité par le biais de ces ELD, car elles bénéficiaient avant 1946 d'une telle structure communale, et d'autre part les collectivités qui doivent confier à ERDF la gestion du réseau.

— La différence de traitement se matérialise également par une rupture d'égalité entre les usagers du service public, puisque les usagers du service de l'électricité géré par les ELD sont traités différemment en raison de la présence historique des ELD sur le territoire communal. Dans d'autres domaines – les transports par exemple —, il est évident que les usagers des différentes communes sont placés dans des situations différentes, car le gestionnaire du réseau des transports est différent d'une commune à l'autre. Mais cette différence de situation s'explique par le choix fait par telle ou telle collectivité lors de l'attribution du contrat de gestion. En revanche, pour l'électricité, ce choix est commandé par le législateur, il est imposé « de l'extérieur » aux usagers. En cela, il constitue une différence de traitement au sens donné par la jurisprudence.

Reste à savoir si cette différence de traitement entre les collectivités, ou entre les usagers, se justifie par un motif d'intérêt général ou par une différence de situation.

B. LA RUPTURE D'ÉGALITÉ N'EST PAS JUSTIFIÉE PAR UNE DIFFÉRENCE DE SITUATION.

Le premier motif qui, pour le Conseil, peut justifier une atteinte au principe d'égalité est la différence de situation : « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes » (CC 79-107 DC, 12 juil. 1979, R. p. 31). L'exigence d'égalité ne vaut donc qu'entre situations semblables ; si des personnes sont, par rapport à d'autres, dans des situations différentes, le législateur peut prévoir, pour elles, des règles particulières, des règles différentes. Cette différence de situation, parfois, suffit à elle seule, pour justifier la différence de régime (CC 79-112 DC, 9 janv. 1980, R. p. 32), mais, dans la plupart des cas, elle ne peut justifier une règle discriminatoire que si la non-identité des règles « n'est pas incompatible avec la finalité de la loi » (CC 79-103 DC, 17 janv. 1979, R. p. 19).

Par exemple, en matière civile, le Conseil a censuré une disposition législative réduisant, pour les seuls divorcés et célibataires ayant élevé un ou plusieurs enfants, le système de quotient familial jusque-là accordé aux veufs, célibataires et divorcés, car « au regard de la demi-part supplémentaire qui leur est accordée, ces trois catégories de contribuables sont placées dans une situation identique » (CC 96-385 DC, 30 déc. 1996, R. p. 145). En revanche, le Conseil a par exemple admis la différence de situation entre les

étrangers parents d'enfants de moins de seize ans et les étrangers parents d'enfants de plus de seize ans, car, explique le Conseil, « les enfants de plus de seize ans sont dotés d'une plus grande autonomie en se trouvant notamment dégagés de leur obligation scolaire » (CC 97-389 DC, 22 avril 1997, R. p. 45).

En l'espèce, l'article L111-52 du Code de l'énergie concerne bien deux catégories de personnes placées dans une situation identique, car elles sont toutes les deux, précise l'article L111-51, « les autorités organisatrices de la distribution publique d'électricité et de gaz ». En d'autres termes, selon les termes mêmes de la loi, les collectivités sont dans une situation identique puisqu'elles sont toutes « organisatrices » de la distribution de l'électricité, mais elles sont traitées différemment puisque certaines sont obligées de contracter avec ERDF, alors que d'autres peuvent gérer le service par le biais d'ELD — donc en partie elles-mêmes. *En cela, l'article L111-52 du Code de l'énergie constitue une rupture d'égalité injustifiée.*

C. LA RUPTURE D'ÉGALITÉ N'EST PAS JUSTIFIÉE PAR UN INTÉRÊT GÉNÉRAL.

Le second motif qui, pour le Conseil, peut justifier une atteinte au principe d'égalité est l'intérêt général : « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général » (CC 87232 DC, 7 janv. 1988, R. p. 17). L'intérêt général c'est, selon la formule de Jacques Chevallier, « la preuve que le pouvoir étatique ne poursuit pas des fins propres ou particulières, et qu'il est au service de l'utilité publique » (L'intérêt général dans l'Administration française, RISA, 1975, p. 327). Cependant, n'importe quel motif ne peut justifier une différence de traitement. Il faut un lien nécessaire, un rapport logique entre la règle discriminatoire et l'intérêt général précisément poursuivi par la loi ; il faut, précise le Conseil depuis sa décision du 9 avril 1996 (CC 96-375 DC, 9 avril 1996, R. p. 60) que les raisons d'intérêt général soient « en rapport direct » avec l'objet de la loi. Le Conseil indique donc toujours la nature de l'intérêt en cause : « l'intérêt qui s'attache à la continuité du service public », « l'intérêt de la bonne administration de la justice », etc. Et une fois l'intérêt circonscrit, il vérifie si la règle discriminatoire a ou non un lien avec lui. Par exemple, la mesure qui vise à discriminer les boissons alcoolisées en fonction de leur teneur en alcool a bien un « lien » avec l'intérêt général de lutte contre l'alcoolémie (CC 82-152 DC, 14 janv. 1983, R. p. 31). De la même manière, en 2003, le Conseil reconnaît qu'accorder aux actionnaires d'entreprise familiale qui s'engagent collectivement à conserver leurs actions durant au moins six mois une exonération de l'impôt sur la solidarité constitue une différence de traitement entre actionnaires, mais il juge que cet avantage répond à un objectif d'intérêt général — garantir la stabilité et la pérennité des entreprises familiales — et ne peut donc « être regardé comme entraînant une rupture caractérisée du principe d'égalité » (CC 2003-477 DC, 31 juil. 2003, R. p. 418).

Cela dit, le Conseil n'a pas, comme il le dit lui-même, un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement, en ce sens qu'il ne va jamais se substituer au législateur pour dire si une mesure est, ou n'est pas, une mesure d'intérêt général. Par exemple, il ne lui appartient pas d'apprécier l'utilité des « 35 heures » pour l'objectif d'intérêt général de lutte contre le chômage (CC 98-401 DC, 10 juin 1998, R. p. 258).

En l'espèce, la différence de traitement organisée par l'article L111-52 du Code de l'énergie entre les collectivités, et entre les usagers, est-elle justifiée par un intérêt général ?

À l'origine, la loi de 1946 a été votée pour permettre à la France de reconstruire son secteur énergétique plus rapidement après la Seconde Guerre mondiale. En nationalisant le secteur de l'électricité et du gaz, l'État avait les moyens de développer une politique « d'autonomisation » de son énergie, face à la montée des grands pôles, à l'Est et à l'Ouest. Aujourd'hui, les enjeux sont évidemment très différents. La France jouit dorénavant d'une relative autonomie dans la production de son électricité, et elle n'a plus besoin de maintenir une situation monopolistique en la matière. Dans tous les domaines anciennement nationalisés, l'État a préféré la régulation à la réglementation – transport, énergie, courrier, eau, etc. Il est devenu un arbitre plus qu'un acteur, y compris dans le domaine de l'énergie. Progressivement, à partir des années 90, il a abandonné son emprise sur des secteurs qui n'étaient pas de sa compétence naturelle, d'abord en faisant basculer les entreprises nationales dans le secteur privé, puis en libéralisant les marchés concernés. La distribution de l'électricité fait aujourd'hui figure d'exception, et toutes les raisons données pour justifier le maintien du monopole ont déjà été battues en brèche, naguère, dans les domaines voisins de la production et de la vente de l'énergie. À vrai dire, les arguments de la péréquation et de la cohérence peuvent tout à fait justifier le maintien d'une réglementation précise en matière de distribution d'électricité. L'État est coutumier des « marchés régulés » : dans de nombreux domaines sensibles, il n'abandonne pas aux acteurs privés la gestion et la régulation des relations commerciales. Parfois même, comme dans le secteur de la grande distribution, généralement très libre, il instaure de nouvelles règles pour assurer ce que le Conseil lui-même appelle le maintien nécessaire de « l'ordre public économique » (CC 2011-126 QPC, 13 mai 2011, Sté Système U, JO 13 mai 2011, p. 8400.). Mais dans tous les cas, la nationalisation ou le maintien d'un monopole n'est pas considéré comme une solution pour garantir la péréquation et la cohérence d'un secteur déterminé. Et sur ce point, le secteur de la distribution de l'électricité ne fait pas exception.

Dès lors et en conséquence, il n'existe pas, aujourd'hui, un intérêt général pouvant justifier une différence de traitement entre les collectivités et entre les usagers.

À Paris, le 15 mars 2012.

Dominique ROUSSEAU