

<p style="text-align: center;">CONCLUSIONS DE TRANSMISSION D'UNE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE</p>
--

POUR :

Monsieur Raphaël CLAUSTRE, né le 24 décembre 1978 à Vienne (38), de nationalité française, directeur d'association, demeurant 132 boulevard de Charonne à 75020 Paris.

Ayant pour avocat

Me Joseph BREHAM
Avocat au Barreau de Paris
156 rue de Rivoli - 75001 Paris
Tél. : 01 42 60 32 60 – Fax. : 01 42 60 19 43
Vestiaire R 143

En présence de :

Ville de Paris

Ayant pour avocat

Me Dominique FOUSSARD
114, boulevard Raspail – 75006 Paris
Tél. 01 45 44 61 16 – Fax. 01 45 44 52 02

Electricité de France, EDF

Ayant pour avocat

Baker & McKenzie SCP
Me Emmanuel GUILLAUME et Me Simon DABOUSSY
1, rue Paul Baudry – 75008 Paris
Tél. 01 44 17 53 28 – Fax. 01 70 92 53 28

Electricité Réseau Distribution France, ERDF

Ayant pour avocat

Me Frédéric SCANVIC
25, avenue Marceau – 75116 Paris
Tél. 01 53 64 82 82 – Fax. 01 53 64 82 20

PLAISE AU TRIBUNAL

I- Sur le fondement procédural de la saisine

M. Raphaël CLAUSTRE entend saisir le Conseil constitutionnel selon mémoire distinct et visé par Mme le greffier sur le fondement des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 aux termes desquelles :

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil Constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

Par application de l'article 23-1 de l'ordonnance n°58-1167 du 07 novembre 1958 telle que modifiée par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation. Ce moyen doit être présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un écrit distinct et motivé.

L'article 23-2 de l'ordonnance n°58-1067 du 07 novembre 1958 précitée énonce :

« Les juridictions statuent sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :

1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, où constitue le fondement des poursuites ;

2° Elle n'a pas été déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation ».

II- Sur la disposition législative contestée

La répartition du marché de la distribution d'énergie électrique entre, d'une part, la société Electricité de France (EDF), et de l'autre, les entreprises locales de distribution (également qualifiées de « distributeurs non-nationalisés », ou « DNN », ci-après, « ELD »), est fixée, notamment, par l'article 23 de la loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, modifié par la loi n°2004-803 du 8 août 2004.

Cet article pose les conditions dans lesquelles une ELD peut exercer son activité.

Aux termes de l'article 23, al. 1^{er} de la loi n°46-628 :

« Les sociétés de distribution à économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques possèdent la majorité, les régies ou services analogues constitués par les collectivités locales sont maintenus dans leur situation actuelle, le statut de ces entreprises devant toujours conserver le caractère particulier qui leur a donné naissance d'après les lois et décrets en vigueur ou futurs. »

Aux termes de l'article 23, al. 2 de la loi n°46-628 :

« Dans le cas où la distribution de l'électricité ou de gaz était exploitée antérieurement à la présente loi par les régies ou services analogues constitués par les collectivités locales ou par les sociétés ou ces collectivités avaient la majorité des actions, ou bien dont elles partageaient les profits dans une proportion égale ou supérieure à celles qui découle du décret du 28 décembre 1926 sur les sociétés d'économie mixte, ces services ou sociétés seront, dans le cadre des services de distribution constitués ou transformés en établissements publics communaux ou intercommunaux qui prendront avec la forme adéquate le nom de "Régie de ..." suivi du nom de la collectivité. »

Aux termes de l'article 23, al. 3 de la loi n°46-628 :

« Les coopératives d'usagers et les sociétés d'intérêt collectif agricole concessionnaires de gaz ou d'électricité pourront également être maintenues dans le cadre des services de distribution. Leurs rapports avec ces services et leur statut seront déterminés par un décret pris sur le rapport des ministres de la production industrielle et de l'agriculture. »

Aux termes de l'article 23, al. 4 de la loi n°46-628 :

« Sous cette réserve, les organisations prévues au premier paragraphe du présent article conserveront leur autonomie. »

III- Sur les conditions de la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité

1) La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure

Le 14 juin 2010, M. Raphaël CLAUSTRE, contribuable parisien et usager de l'électricité parisienne, a déposé une requête (pièce n°1) devant le tribunal administratif de Paris afin que soit annulée la délibération prise le 15 décembre 2009 par le Conseil de Paris, par laquelle Monsieur le Maire de Paris a été autorisé à conclure un avenant n° 6 au traité de concession du 30 juillet 1955 entre, d'une part, la Ville de Paris et, d'autre part, EDF et Electricité Réseau Distribution France (ERDF), pour la distribution et la fourniture aux tarifs réglementés de l'électricité à Paris.

Cette délibération a été prise au visa et sur le fondement de la loi n°46-628 (pièce n°2), qui fixe, depuis 1946, la répartition du marché entre EDF et les ELD. C'est, en outre, sur le fondement de l'article 23 de cette loi que les conseils de la Ville de Paris et d'ERDF affirment

qu'un monopole a été attribué à la société EDF en matière de distribution d'énergie, ce qui, selon eux, rend impossible pour les citoyens de prendre en charge l'organisation de l'énergie (pièce n°3, p. 10, et pièce n°4, p. 23).

Il ne peut être contesté que la question de la constitutionnalité des dispositions de l'article 23 de la loi n°46-628 concerne directement le présent litige et la régularité de la procédure dont le tribunal est saisi.

La première condition posée par l'article 23-2 de l'ordonnance n°58-1167 du 7 novembre 1958 telle que modifiée par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 est donc remplie en l'espèce.

2) La disposition contestée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances

M. Raphaël CLAUSTRE souhaite soumettre au Conseil constitutionnel la question de savoir si l'article 23 de la loi n°46-628 est contraire à la Constitution.

La loi n°46-628 est entrée en vigueur plus de dix ans avant la mise en place d'un contrôle *a priori* par le Conseil constitutionnel, et près de soixante-cinq ans avant la mise en place du contrôle *a posteriori*.

L'article 23 de la loi n°46-628 a, certes, été modifié par la loi n°2004-803 du 9 août 2004, qui a fait l'objet de la décision n°2004-301 DC du Conseil constitutionnel, rendue le 5 août 2004. Mais le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur cette modification, et le « considérant-balais » (considérant n°27), s'il ne saurait conférer un « brevet de constitutionnalité » à l'intégralité de la loi n°2004-903, ne saurait *a fortiori* valoir déclaration rétroactive de conformité de la loi n°46-628 à la Constitution.

La deuxième condition posée par l'article 23-2 de l'ordonnance n°58-1167 du 7 novembre 1958 telle que modifiée par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 est donc remplie en l'espèce.

En tout état de cause, l'évolution des circonstances de droit et de fait ne serait pas difficile à établir, tant le contexte juridique et économique est différent en 2011 de ce qu'il a pu être en 1946.

3) La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux

Il sera ici démontré que l'article 23 de la loi n°46-628 viole le principe d'égalité tel qu'il est constitutionnellement garanti à M. Raphaël CLAUSTRE.

a) Sur la portée de l'article 23 de la loi n°46-628

Cet article contribue à figer les entreprises locales de distribution (ELD) dans la situation qui était la leur en 1946 et subordonne la possibilité de contrôler démocratiquement l'usage de

l'énergie, par le truchement d'une ELD, à l'existence de cette dernière avant l'entrée en vigueur de la loi.

En effet, les ELD, évoquées au premier paragraphe de l'article visé, ne conservent leur autonomie, selon le quatrième paragraphe renvoyant lui-même à la fin du premier paragraphe, qu'à une condition : « le statut de ces entreprises devant toujours conserver le caractère particulier qui leur a donné naissance d'après les lois et décrets en vigueur ou futurs ».

Une telle formulation conduit à figer les ELD dans la situation qui était la leur en 1946, à empêcher la constitution de nouvelles ELD, et à placer les communes et contribuables dans une situation différente selon que leur électricité était organisée ou non, avant 1946, par une ELD.

Plus encore, pour les communes ne possédant pas d'ELD et ne pouvant pas en constituer, cet article les prive de toute autorité vis-à-vis de leur concessionnaire, EDF-ERDF, en imposant son monopole sans mise en concurrence, contrairement aux droits européen et français des concessions.

b) Sur la violation du 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 ».

Tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel dans un considérant de principe maintes fois répété, le principe d'égalité, principe à valeur constitutionnelle, « ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

Il convient ici d'exclure la première branche de l'alternative : en interdisant à toute ELD postérieure à 1946 de se constituer, le législateur ne règle pas de façon différente des situations différentes ; il crée une différence de droit en l'absence de toute différence de fait. Certaines communes et certains citoyens sont soumis au monopole de gestion de leurs réseaux de distribution électrique, alors que d'autres communes et citoyens disposent d'une ELD, la répartition entre les uns et les autres n'étant fondée que sur un critère arbitraire et discriminant : l'existence de l'ELD avant 1946. La liste des communes sous le régime d'une ELD (pièce n°5) démontre bien la diversité de ces dernières. Mieux, elle permet de comprendre qu'entre deux communes parfaitement comparables, l'une, qui avait une ELD avant 1946, aura aujourd'hui le droit de conserver cette ELD, alors que la ville parfaitement comparable qui n'avait pas d'ELD avant 1946 se verra dans l'impossibilité de créer une ELD.

Rien n'explique, par exemple, que si les communes de Gignac, dans l'Hérault (pièces n°5 et n°6), d'Hagondange, en Moselle (pièces n°5 et 7), ou de Grenoble, en Isère (pièces n°5 et 8), qui comptent respectivement 5000, 9000 et 150 000 habitants, ont pu confier à une ELD la fourniture d'électricité, les nombreuses communes de taille et de situation comparables qui n'avaient pas d'ELD avant 1946 se trouvent dans l'impossibilité d'en créer une.

Très concrètement, entre plusieurs collectivités territoriales souhaitant être en mesure d'avoir autorité sur le concessionnaire de distribution d'électricité, l'article 23 de la loi n°46-628 conduit à n'ouvrir cette possibilité qu'à celles qui disposent déjà d'une ELD. Nombreuses

sont les délibérations de syndicats de communes, comme celle du Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SIPPEREC), en date du 24 octobre 2010 (pièce n°9), par lesquelles les syndicats de communes refusent d'approuver les comptes d'une concession. Dans la situation actuelle, la possibilité d'exercer un contrôle normal du concédant sur le concessionnaire dépend donc de l'existence de l'ELD avant 1946.

La disposition ne pourrait donc éventuellement relever que de la deuxième branche de l'alternative : le législateur de 1946 aurait dérogé à l'égalité au motif que la discrimination contribuerait à l'intérêt général.

Dès lors, cependant, à considérer que le motif de la discrimination ait initialement contribué à l'intérêt général, ce motif a aujourd'hui disparu, et ne subsiste donc plus aujourd'hui qu'une violation du principe d'égalité sans fondement constitutionnellement acceptable.

c) Sur la disparition de l'objet de la loi qui a établi la discrimination

L'interprétation traditionnelle du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel fait face, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, à une difficulté nouvelle : dès lors que l'intérêt général a pu évoluer, en raison de changements de circonstances de fait et de droit, et que l'objet de la loi qui a établi la discrimination a, lui-même, soit disparu, soit été modifié, le contrôle de la conformité d'une disposition législative à la Constitution implique que soient pris en compte ces changements de circonstances.

-Sur la singularité du contexte qui a présidé à l'adoption de la loi n°46-628

La loi n°46-628 avait pour but premier de nationaliser les entreprises d'électricité et de gaz, dans un contexte singulier. Comme le précise alors l'exposé des motifs de la loi, « l'objet essentiel de la présente loi est de remettre à la nation, qui est seule en mesure de lui donner le développement impérieusement exigé par nos besoins, l'équipement actuel du pays en électricité et en gaz ».

En créant EDF, établissement public industriel et commercial national, l'Etat a doté la France d'un outil puissant à la mesure des défis de l'après-guerre. A l'époque, excepté pour la minorité des communes (7%) qui poursuivaient la gestion en régie de leurs réseaux de distribution, la concession a constitué la règle. La nationalisation a ainsi fusionné 1450 entreprises gérant des réseaux électriques disparates¹, gravement affectés par le mauvais entretien des années de guerre et mal reliés entre eux.

La quasi-totalité des réseaux électriques de distribution est alors passée, en 1946, sous le contrôle d'EDF, tout en restant la propriété des communes, l'article 23 de la loi n°46-628 figeant la situation jusqu'à aujourd'hui.

-Sur le changement des circonstances de fait

¹ <http://presentation.edf.com/profil/histoire/1946-1962-40178.html>

A partir de 1973, le contexte a profondément évolué: outre le fait que le réseau a été remis en l'état pendant les « Trente glorieuses », de nombreux événements sont venus modifier profondément les circonstances dans lesquelles la loi est aujourd'hui appliquée. La crise pétrolière de 1973, ainsi que ses différents soubresauts jusqu'à 2011, ont bouleverser les modalités de la fourniture d'énergie sur le territoire. La décentralisation, accélérée par les lois Defferre et Raffarin, a contribué à faire des collectivités territoriales des acteurs politiques d'une ampleur nouvelle. L'ouverture à la concurrence des marchés de l'énergie a conduit à amenuiser la singularité d'EDF. La progressive prise de conscience des enjeux environnementaux a conduit les citoyens à se soucier, à une échelle toujours plus fine, de l'usage qui est fait de l'énergie. Tous ces éléments ont, de concert, fait progressivement disparaître les raisons qui avaient poussé le législateur à créer la discrimination prévue à l'article 23 de la loi n°46-628.

Sans même avoir à démontrer le progrès que constituent aujourd'hui les ELD –le législateur seul ayant la capacité d'en stimuler le développement–, force est de reconnaître qu'il n'est pas conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution d'en museler le développement, d'empêcher les communes de choisir l'ELD, dès lors que la loi n°46-628 a, aujourd'hui, pleinement rempli ses objectifs.

De même, il n'est pas conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution de priver la très grande majorité des communes du libre choix d'un fermier ou d'un concessionnaire après consultation d'entreprises compétentes et suivant leur volonté d'organisation du service de distribution d'électricité.

Ainsi, à partir de situations nouvelles, révélant des besoins, des pratiques et des techniques émergentes, s'est créée une grave inégalité de droits et de compétences entre les territoires soumis au monopole d'EDF-ERDF et ceux qui disposent d'une ELD (pièce n°5). La différence de droit créée en 1946 ne correspond plus à aucune différence de fait. Seule demeure une impossibilité pour un grand nombre de communes et de regroupements intercommunaux d'organiser le service de distribution au mieux des intérêts de leurs territoires, en choisissant la formule la plus appropriée à leur situation. L'absence d'autorité des collectivités locales sur leur concessionnaire, imposé par la loi n°46-628, va aujourd'hui à l'encontre de la qualité des services de distribution, ce que ne manquent pas de mettre en valeur le rapport d'information parlementaire présenté par Monsieur Jean PRORIOL, député le 5 avril 2011 (pièce n°10), ainsi que l'intervention d'élus parisiens (pièces n°11 et 12).

-Sur le changement des circonstances de droit

L'ouverture formelle à la concurrence par la loi n°2000-108 du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, prise en transposition de la directive n°96/92/CE, a mis en place le processus de libéralisation des marchés de l'électricité à l'échelle communautaire en ouvrant à la concurrence les activités de production et de fourniture d'électricité. Elle n'a cependant pas remis en cause ni le système de concessions accordées par les collectivités locales (les communes ou, le plus souvent, les syndicats au sein desquels elles sont regroupées), ni le monopole d'EDF en termes de gestion des réseaux de distribution et de fourniture d'électricité à tarifs réglementés. Elle a donc conduit à modifier les circonstances de droit qui entourent la loi n°46-628, et à faire disparaître la justification de la discrimination instaurée par son article 23, sans pour autant revenir sur la loi elle-même.

En définitive, l'intérêt général ayant été profondément modifié à la fois par un changement de circonstances de fait et par un changement de circonstances de droit, la discrimination prévue par l'article 23 de la loi n°46-628 n'est plus justifiée par des raisons d'intérêt général. Ce dernier viole donc le principe d'égalité en ce qu'il tend à créer une discrimination entre communes et contribuables qui n'est plus justifiée, aujourd'hui, par des raisons d'intérêt général.

Cette question, qui n'est pas dépourvue de sérieux, devra faire l'objet d'un examen par le Conseil constitutionnel, afin qu'il soit en mesure de constater l'absence de conformité de l'article 23 de la loi n°46-628 à la Constitution, et, partant, d'abroger ce dernier.

Les trois conditions posées par l'article 23-2 de l'ordonnance n°58-1167 du 7 novembre 1958 telle que modifiée par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 sont donc remplies en l'espèce.

PAR CES MOTIFS

Vu l'article 61-1 de la Constitution du 04 octobre 1958

Vu l'article 23-2 de l'ordonnance n°58-1067 du 07 novembre 1958

Vu le mémoire distinct de question prioritaire de constitutionnalité

Il est demandé à la juridiction de céans de :

CONSTATER que M. Raphaël CLAUSTRE est fondé à poser une question prioritaire sur la constitutionnalité de l'article 23 de la loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

TRANSMETTRE au Conseil d'Etat, conformément aux termes de l'article 23-2 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958, pour saisine du Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité, objet du présent mémoire distinct, tendant à voir reconnue l'absence de conformité de l'article 23 de la loi n°46-628 à la Constitution.

Fait à Paris, le 18 avril 2011

P.J. :

Mémoire distinct de question prioritaire de constitutionnalité

Pièces communiquées

- Pièce n°1 : Requête en excès de pouvoir, introduite par M. Raphaël CLAUSTRE, le 15 juin 2010.
- Pièce n°2 : Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.
- Pièce n°3 : Mémoire en défense, rédigé par Me Dominique FROUSSARD, pour la Ville de Paris.
- Pièce n°4 : Mémoire en intervention, rédigé par Me Frédéric SCANVIC, pour la société ERDF.
- Pièce n°5 : Liste des ELD autorisées, sur le fondement de l'article 23 de la loi n° 46-628.
- Pièce n°6 : Informations relatives à l'ELD de Gignac, dans l'Hérault, tirées du site www.repertoire-eld.com.
- Pièce n°7 : Informations relatives à l'ELD d'Hagondange, en Moselle, dans l'Hérault, tirées du site www.repertoire-eld.com.
- Pièce n°8 : Informations relatives à l'ELD de Grenoble, en Isère, tirées du site www.repertoire-eld.com.
- Pièce n°9 : Compte-rendu du Comité du Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SIPPEREC), en date du 14 octobre 2010.
- Pièce n°10 : Rapport d'information déposé le 5 avril 2011 par la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, sur « la sécurité et le financement des réseaux de distribution d'électricité », présenté par M. Jean PRIORIOL, député.
- Pièce n°11 : Interview de M. Denis BAUPIN, adjoint au maire de Paris chargé du développement durable, « Un hold-up d'ERDF sur le patrimoine parisien », *Les Echos*, 25 septembre 2009.
- Pièce n°12 : Article d'Isabelle FICEK et Thibaut MADELIN, « Paris : dernière ligne droite des négociations sur la concession EDF », *Les Echos*, 25 septembre 2009.