

Assemblée du contentieux

Séance du 22 mars 2013  
Lecture du 12 avril 2013

CONCLUSIONS

M. Frédéric ALADJIDI, rapporteur public

INTRODUCTION

1 – Dans votre *avis du 29 avril 2010 M. et Mme B..., n° 323179 au Recueil*, vous vous êtes prononcés sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, les installations de production d'électricité, notamment d'EDF, sont des ouvrages publics sous l'empire :

- d'une part de la *loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité* qui a, pour la 1<sup>ère</sup> fois, précisé le contour de cette notion ;

- d'autre part de *loi n° 2004-803 du 9 août 2004* qui a transformé l'établissement public EDF en société dont l'Etat détient au moins 70 % du capital.

La difficulté de l'affaire venait de ce qu'elle était la première dans laquelle vous avez eu à déterminer la nature du service public et les responsabilités qui sont confiées en la matière, aux opérateurs produisant de l'électricité depuis qu'il avait été mis fin à ce que votre rapporteur public a appelé le « *double continuum à la fois fonctionnel et juridique* » correspondant au quasi-monopole qui était confié à EDF, sous l'empire de la *loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz*, et qui intégrait sous une même « bannière » les activités de production, de distribution et de fourniture de l'électricité.

Avant les *lois de 2000 et 2004*, vous estimiez en effet, pour reprendre les termes de Ph. Martin dans ses conclusions sur la décision *TC 16 janvier 1995, Préfet de la région Ile-de-France, Compagnie nationale du Rhône c/EDF, 02946 au recueil* que : « *l'activité de production n'est pas en soi un SP mais elle devient un SP dans le régime juridique d'EDF qui doit produire pour répondre aux besoins des usagers de son réseau de distribution* ».

Mais la fin du continuum juridique lié à l'ouverture à la concurrence des marchés de production et de fourniture d'électricité impliquée par la *directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité*, rendait problématique le fait de continuer à regarder la production d'électricité comme un service public par destination.

---

1  
*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Vous fondant, toutefois, sur « *les caractéristiques physiques de l'énergie électrique, qui ne peut être stockée* » et qui requièrent « *que soit assuré à tout moment l'équilibre entre la production et la consommation* », c'est-à-dire le maintien du continuum fonctionnel, vous avez relevé que « *la sécurité de l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national implique nécessairement que soient imposées à certains ouvrages de production d'électricité des contraintes particulières quant à leurs conditions de fonctionnement, afin d'assurer l'équilibre, la sécurité et la fiabilité de l'ensemble du système* ». Puis vous avez estimé que « *les ouvrages auxquels sont imposées ces contraintes en raison de la contribution déterminante qu'ils apportent à l'équilibre du système d'approvisionnement en électricité doivent être regardés comme directement affectés au service public* » et que « *leurs propriétaires, même privés, sont ainsi, dans cette mesure, chargés d'exécuter ce service public* ». Enfin, vous en avez déduit, qu'« *en l'état actuel des techniques et eu égard aux caractéristiques d'ensemble du système électrique, présentent le caractère d'ouvrage public les ouvrages d'une puissance supérieure à 40 MW qui sont installés dans les zones interconnectées du territoire métropolitain* ».

Les quatre requêtes qui viennent d'être appelées amènent à prolonger cette analyse, non plus sur les questions relatives au caractère d'ouvrage public des quelques 350 installations concernées par  **votre avis de 2010** et aux responsabilités exercées en matière de service public par leurs divers propriétaires, mais sur la question de savoir, sur un périmètre plus restreint mais aux enjeux essentiels, qui est celui des 58 réacteurs nucléaires français d'une puissance unitaire de 900 à 1450 MW, si et dans quelle mesure leur exploitant unique qui est EDF, peut, pour assurer la continuité du service public, régler le droit de grève de ceux de ses agents qui assurent les opérations de maintenance et de renouvellement du combustible usagé.

L'examen de cette question vous amènera à valider ou non l'analyse qui a été faite « à chaud », sur les faits qui sont en cause dans la présente affaire, par **deux ordonnances du JRCE des 7 et 15 juillet 2009, n° 329284 et 329526**, rendues en application de **l'article L. 521-2 du CJA** avant  **votre avis précité M. et Mme B... du 29 avril 2010** et s'inspirant très largement de la position qui avait été prise dans une **décision de Section du 17 mars 1997, Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière, n° 123912 au Recueil**.

2 - Alors que dans ce précédent, la Section avait admis la légalité de notes du directeur d'EDF-GDF service, toujours en vigueur, désignant le millier de postes de l'entreprise qui doivent être occupés en cas de grève comme en toutes circonstances, et assurés conformément aux instructions reçues, pour éviter tout risque de « *disjonction* », venant de ce que certains pourraient être tentés « *d'abaisser les manettes* », l'ensemble de décisions dont vous êtes ici saisis par les fédérations syndicales présentes à EDF, ont une visée plus ponctuelle.

Il s'agit, en premier lieu, d'une **note du 15 juin 2009**, par laquelle le **directeur général délégué**, d'une part, a estimé que les conflits sociaux dans les réacteurs en maintenance qui avaient débuté dix semaines plus tôt mettaient en péril l'équilibre global du système électrique ainsi que le maintien des interconnexions, et pouvaient contraindre, à échéance d'un mois, le gestionnaire du réseau à procéder à des délestages, c'est à dire à restreindre ou suspendre provisoirement la fourniture d'électricité à tout ou partie des usagers,

et d'autre part a demandé à ses directeurs d'identifier les réacteurs dont le redémarrage était indispensable et de requérir par écrit les salariés dans la mesure où leur intervention était nécessaire.

Il s'agit, en deuxième lieu, d'une *note du même jour*, par laquelle le *directeur « optimisation amont aval et trading »* a désigné six réacteurs parmi les huit qui étaient encore arrêtés en indiquant, d'une part, que malgré l'activation de tous les leviers à sa disposition, les marges prévisionnelles d'exploitation à partir de début juillet étaient très inférieures à la marge d'exploitation qui sert de référence et en chiffrant, d'autre part, le déficit de production qui serait, à défaut, constaté à la mi-juillet.

Il s'agit, en troisième lieu, de *cinq notes du même jour*, par lesquelles le *directeur général adjoint production et ingénierie* a demandé aux directeurs des centrales dont relevait les réacteurs précités, de se conformer aux décisions susévoquées. Et enfin, des *courrier émis à partir du 16 juin 2009*, parfois semble-t-il par mél, à destination de quelque 3 000 agents.

3 – La fédération CFDT qui est la seule à demander l'annulation des courriers, ne les a pas produits, malgré la demande qui lui a été adressée en ce sens et malgré le MOP tiré de ce que la juridiction administrative était susceptible d'être incompétente les concernant.

Vous ne pouvez donc vérifier, suivant la démarche rappelée par les *conclusions F. Lamy sur CE 26 mars 1997 Association française des banques, 163098 au recueil*, si ces courriers se bornent à faire application des notes, ou s'ils pouvaient être regardés comme modifiant ou complétant celles-ci. Alors que les juges des référés qui ont été saisis de conclusions à fin de suspension dirigées contre de tels courriers, se sont partagés quant à la compétence de la juridiction administrative (cf. dans un sens négatif *TA Paris (référé) 29 juin 2009, M. S... – Fédération des syndicats Sud énergie et autres, n° 0910764* et dans un sens positif les *deux ordonnances précitées du JRCE*), vous ne pourrez, nous semble-t-il, pour votre part, que rejeter les conclusions dirigés contre ces courriers comme portés devant une juridiction incompétente. Elles portent, en effet, sur les relations individuelles entre un employeur de droit privé et ses salariés qui relèvent du seul juge judiciaire, à charge pour ce dernier, le cas échéant, de vous saisir à titre préjudiciel (cf. *C. Cass soc. 24 Juin 1998 M. Le D., n° 97-44.176* statuant sur la rémunération versée aux salariés dans le cadre de la note « dont le Conseil d'Etat, par décision du 17 mars 1997, a reconnu la légalité »).

S'agissant des notes, elles ont une portée générale et non individuelle. Comme elles émanent d'un organisme de droit privé, il n'y a que si elles touchent à « l'organisation du service public » au sens de la décision *TC 15 janvier 1968 Compagnie Air France c/Epoux Barbier, 01908 au recueil*, qu'elles relèvent de la compétence du juge administratif. Or, dans une décision *TC 22 juin 1992 A... et autres, n°02718 au recueil*, il a été précisément jugé à propos de celle des notes examinées par la *décision de Section de 1997*, qui fixait les modalités de retenue sur salaires des agents de conduite des centrales en cas de grève, qu'elle présente un tel caractère. Il en va donc de même, a fortiori, des notes en cause devant vous, en tout cas si vous estimez, comme nous vous le proposerons, que les organes dirigeants d'EDF étaient compétents pour les prendre. Nous noterons, qu'à défaut, vous pourriez être tentés de faire prévaloir la nature de la décision prise sur l'incompétence de leurs auteurs, selon le raisonnement qui a été retenu dans une décision *TC 13 janvier 1992 Préfet de la région Aquitaine, préfet de la Gironde c/Association nouvelle des Girondins de Bordeaux, n°02681*

*au recueil*. Le caractère unilatéral des décisions contestées les fait échapper, nous semble-t-il, au recadrage auquel le TC a procédé dans ses *décisions du 15 décembre 2008 K... et V..., 3652 et 3662 aux tables*. Mais nous admettons, qu'un tel effort n'irait pas de soi.

Si la juridiction administrative est compétente, c'est bien au Conseil d'Etat en son sein de se prononcer sur les notes dans la mesure où :

- pour les deux premières, leur champ d'application s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif (cf. *5° de l'article R. 311-1 du CJA* avant sa modification par le *décret n° 2010-164 du 22 février 2010* dont les dispositions ne s'appliquent qu'aux requêtes enregistrées à compter du 1er avril 2010) ;

- et pour les cinq dernières, elles se bornent à transmettre aux directeurs des centres nucléaires de production d'électricité concernés les instructions résultant des précédentes si bien qu'elles ne font pas grief (cf. décision *CE 12 novembre 1976 Syndicat unifié de radio et de télévision CFDT, n°s 98583, 98584, 98673 et 99279 aux Tables*), cette irrecevabilité manifeste insusceptible d'être couverte en cours d'instance pouvant être opposée, en application des *articles R. 351-4 et R. 351-5 du CJA*, nonobstant les règles de répartition des compétences entre juridictions administratives.

Comme les autres questions de recevabilité ne posent pas de problème (intérêt à agir des fédérations requérants, qualité pour ester en justice, et délai), vous pourrez en venir à la légalité externe puis interne des deux notes sur lesquelles repose la « réquisition » des agents à laquelle EDF a procédé. Nous notons que l'Etat, qui a été mis en cause, n'a pas produit.

## I - SUR LA LEGALITE EXTERNE

La première question, véritablement, délicate est celle de la compétence des dirigeants d'EDF, non pas au regard de la répartition des responsabilités au sein de la société qui ne fait l'objet d'aucune contestation en tant que telle, mais au regard d'une part de votre *jurisprudence du 7 juillet 1950 Dehaene, 01645 au recueil* et d'autre part de la répartition des compétences qui est prévue, en matière d'électricité, par la *loi de 2000*.

4 - L'Assemblée n'a pas eu à se prononcer sur la *jurisprudence Dehaene* depuis la *décision du 18 janvier 1980 Syndicat C.F.D.T. des Postes et télécommunications du Haut-Rhin, 07636 au recueil*, où, suivant la même inspiration, cette formation a énoncé le principe selon lequel il incombe à l'autorité administrative de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la continuité du service public, notamment en cas d'interruption due à la grève des agents de ce service et où il a été admis, à rebours de la jurisprudence judiciaire, l'embauche d'un personnel d'appoint pour une durée limitée. Nous nous efforcerons, toutefois, d'être bref dans le rappel des développements auxquels cette jurisprudence a donné lieu.

a) Partant de la lettre du *préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* et aux termes de laquelle « *le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* », vos précédesseurs de 1950 ont relevé que « *l'assemblée constituante avait entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels dont la grève constitue l'une des modalités et la sauvegarde de l'intérêt général, auquel elle*

*peut être de nature à porter atteinte* ». Puis, dégagant une compétence supplétive qui s'explique par le principe sus évoqué, ils ont estimé que « *la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public* » et ils ont précisé « *qu'en l'état actuel de la législation il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations* ».

La solution ainsi retenue et confirmée sous l'empire de la constitution de la Vème République est toujours d'actualité compte tenu du caractère incomplet de la législation sur le droit de grève (cf. **CE 11 juin 2010 Syndicat Sud RATP, n° 333262 aux Tables** après l'entrée en vigueur de la **loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 relative au dialogue social et à la continuité du service public**). Elle est contraire au droit commun :

Celui-ci permet, en effet certes, au juge judiciaire de déclarer illicites certaines modalités de grèves ; cela a d'ailleurs été le cas en l'espèce pour ce qui est du refus de certains personnels de travailler en dehors de leur horaire normal (cf. **Cass. soc. 21 octobre 2009 n° 08-14.490 n° 2041 FS-PB**), **Syndicat CGT CNPE de Paluel: RJS 2010, n°82**).

Mais il est interdit, d'une part, aux conventions collectives d'« *avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu* » en précisant que même un délai de préavis ne peut être créé que par la loi (**Cass. soc. 7 juin 1995, n° 2480 PF, SA Transports Sérroul c/Beillevaire et autres : RJS 1995, n°933 ; Cass. soc. 12 mars 1996, n° 1168 P, B. et autres c/ Société laiterie coopérative de l'abbaye : RJS 1996, n°439 ; Cass. soc. 17 juillet 1996 n° 94-42.964 (n° 3397 D), SA Marieau Turquois c/ Assédic de Poitou-Charentes : RJS 10/96 n° 1079**) et d'autre part aux employeurs, « *sauf dispositions législatives contraires* » de « *s'arroger le pouvoir de réquisitionner des salariés grévistes.* » (**Cass. soc. 15 décembre 2009 n° 08-43.603 (n° 2563 FS-PB), L. c/ Sté AGC France : RJS 3/10 n° 287, Bull. civ. V n° 283**).

b) Le caractère ponctuel de la mesure qui a, alors, été regardée comme légale est assez proche de celles qui nous intéressent aujourd'hui puisqu'il s'agissait de l'interdiction et de la répression de la participation des chefs de bureau de préfecture à la grève de juillet 1948 (cf. aussi **CE 27 février 1998 Syndicat national des personnels de l'éducation surveillée, 171055 inédit** pour un exemple plus récent, à la protection judiciaire de la jeunesse, de "mesures individuelles d'injonction" de demeurer à son poste ou de le rejoindre en cas de grève).

Mais si la jurisprudence était restée en l'état, nous ne vous aurions sans doute pas proposé de l'appliquer au cas d'espèce car celui-ci est marqué par deux spécificités :

- d'une part, les mesures litigieuses ont été prises non pas par le gouvernement ou par les dirigeants d'un établissement public mais par ceux d'une société de droit privé ;

- d'autre part, ces mesures peuvent difficilement être regardées comme justifiées par des considérations liées à l'ordre public, du moins au sens strict du terme, ou au caractère abusif de la grève, même si en 1948, le ministre de l'industrie et du commerce,

Robert Lacoste, avait, non sans audace, interpellé les directeurs d'EDF et de GDF au sujet des « interprétations abusives » du droit de grève en leur précisant que, selon lui, « *ce droit consiste uniquement dans la cessation du travail ; il ne saurait s'étendre à la liberté donnée aux grévistes de décider des manœuvres à effectuer [notamment] sur le niveau de la production à assurer par les centrales électriques* » (cf. *Le management du parc nucléaire d'EDF de Aline Kenedi et Dominique Clément – L'Harmattan*).

c) Sur le second point, toutefois, dans deux affaires de réunies où la *jurisprudence Dehaene* a été confirmée malgré les critiques de certains commentateurs qui la disaient contraire à la *décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979* qui réaffirme le pouvoir du législateur en indiquant qu'il peut aller jusqu'à interdire le droit de grève aux agents « *dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays* », la compétence supplétive a été, en quelque sorte, alignée sur ce point, puisqu'il a été jugé d'abord dans une décision *CE 25 septembre 1996 Ministre du budget c/Mme E... et autres, 149284 au recueil* à propos d'agents d'une trésorerie générale chargée du paiement des fonctionnaires et ensuite dans une décision *CE 30 novembre 1998 Mme R... et autres, n° 183359 aux Tables*, à propos d'infirmiers spécialisés en anesthésie et réanimation, qu'en plus des deux motifs précédents, « *les besoins essentiels de la nation* » pouvaient justifier des limitations au droit de grève.

Nous vous proposons de consacrer à votre tour ce troisième motif auquel correspond, sans conteste au moins dans son principe, l'approvisionnement en électricité.

d) Sur le point de savoir si et dans quelle mesure la *jurisprudence Dehaene* est applicable à une société de droit privé, la question n'a pas encore été tranchée:

- L'unique décision, à notre connaissance, où vous ayez eu à vous prononcer sur la grève dans une société, est l'affaire *du 23 octobre 1964, Fédération des syndicats chrétiens de cheminots, n° 56194, Rec. p. 484* où, à l'époque où la SNCF était encore une société anonyme d'économie mixte, l'Assemblée a validé une réglementation refusant le droit de grève au personnel affecté à la garde des barrières et soumettant à préavis l'exercice de ce droit pour le personnel chargé d'assurer la sécurité des convois. Toutefois cette réglementation n'avait pas été prise par les organes dirigeants de la société mais par le ministre en charge des transports en vertu de ses pouvoirs de police des chemins de fer ;

- Dans *deux décisions de réunies des 1er décembre 2004 et 8 mars 2006 M. O..., n°260551 et 278999 au recueil*, portant sur la RATP, l'articulation entre les pouvoirs des ministres et ceux des dirigeants des EP placés sous leur tutelle a été précisée, en cohérence notamment avec la position qui avait déjà été adoptée, à propos des hôpitaux, avant-même *l'affaire Rosenblatt précitée* dans les décisions *CE 7 janvier 1976 Centre Hospitalier Régional d'Orléans, 92162 au recueil* et *CE 4 février 1976 Section syndicale C.F.D.T. du centre psychothérapique de Thuir, 97685 aux tables* : il a été estimé que ce sont les pouvoirs d'organisation du service issu de la jurisprudence de *Section du 7 février 1936 Jamart, 43321 au recueil* qui fondent la compétence de réglementer le droit de grève et que les seuls pouvoirs de tutelle ne suffisent pas à eux seuls, en quelque sorte à s'immiscer dans la gestion de l'établissement public, sauf si un texte le prévoit, comme dans *l'affaire d'Assemblée de 1964* (cf. aussi *CE 14 octobre 1977 Syndicat général C.G.T. du personnel des affaires sociales, 98807 au recueil – Conclusions Morisot*).

e) Pour ce qui est des organismes de droit privé, il y a lieu, selon nous, d'appliquer les mêmes règles qu'aux établissements publics, dès lors qu'ils respectent la condition, imposée par la *jurisprudence Dehaene*, qui est d'être responsable du « *bon fonctionnement du SP* ». C'est, en effet ce critère matériel et fonctionnel, et non un quelconque critère organique, qui justifie la dérogation au droit commun (cf. sur ce point *CE 12 novembre 1990 M..., n° 42875 au recueil* qui admet a contrario qu'un principe général du droit du travail s'applique à la SNCF, après avoir vérifié qu'il était compatible avec les nécessités de sa mission de service public).

- même si nous n'avons pas trouvé de précédents où il ait été fait application de la *jurisprudence Jamart* aux organismes de droit privé (cf. *Etude R. Schwartz - Le pouvoir d'organisation du service : AJDA 1997 p. 47*), celle-ci ne nous semble pas exclue à condition toutefois que la société ou l'association concernée soit dotée, par ailleurs, d'une compétence suffisante en matière « *d'organisation du service public* » au sens de la *jurisprudence Epoux Barbier* ; en tout cas, la circonstance que les agents soient de droit privé n'est pas dirimante puisque c'était déjà le cas lorsqu'EDF était un EPIC ;

- Et si la section des travaux publics et la section sociale ont estimé, a contrario, dans un *avis du 22 juin 1978, n° 322931 – Grands avis du Conseil d'Etat Dalloz 1997 p. 145*, que les sociétés concessionnaires d'autoroute ne sont pas compétentes pour édicter une réglementation du droit de grève de leurs agents c'est précisément qu'elles ont relevé que ces sociétés ne disposaient pas du « *pouvoir de réglementer l'organisation du service en vue d'en assurer le fonctionnement régulier* », comme c'est généralement le cas en cas de dévolution contractuelle du service public qui n'investit pas le délégataire d'une responsabilité suffisante;

Précisons que le législateur peut, naturellement, retenir une autre répartition des compétences, comme il l'a fait en matière d'audiovisuel dans la *loi du 7 août 1974* qui précise la nature et l'étendue des limites qui peuvent être apportées à l'exercice du droit de grève par les agents de l'établissement public de diffusion et par les sociétés nationales de programme en laissant au ministre le soin de signer tous actes dans ce domaine, ce dont vous avez déduit, dans les *décisions précitées de 1976 Syndicat unifié de radio et de télévision CFDT*, qu'il a qualité pour préciser les conditions d'exercice du droit de grève des agents, et notamment les éléments du service minimum, à condition toutefois de ne pas procéder à la désignation des agents et catégories de personnel qui doivent demeurer en fonction, cette compétence appartenant aux présidents de ces organismes.

5 – Si vous nous suivez, il convient de voir, au regard de la *loi de 2000* éclairée par votre *avis précité M. et Mme B... du 29 avril 2010 (n° 323179)*, si la société EDF peut être regardée comme suffisamment responsable d'un service public, en tant qu'elle exploite les centrales nucléaires.

a) Lorsque nous avons conclu, une première fois, devant les 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> sous-sections réunies, sur la présente affaire, nous nous étions appuyé sur une décision rendue par les 7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> sous-sections réunies (*CE 23 juin 2010 Comité mixte à la production de la direction des achats d'électricité de France, 306237 aux tables*) dans laquelle il a été jugé qu'EDF est une SA « *chargée d'une mission de service public au titre de la production d'électricité* ».

Alors que cette décision était motivée uniquement, au regard de *cet avis M. et Mme B...*, par le fait qu'EDF « *exploite un grand nombre d'ouvrages de production qui, de par leur contribution déterminante à l'équilibre du système d'approvisionnement en électricité, doivent être regardés comme directement affectés au service public de l'électricité* », il nous semble nécessaire, devant vous, alors que n'est en cause que la production d'électricité dans les centrales nucléaires, d'aller plus loin, sur la nature du service public qui est en cause à travers ces dernières et sur les responsabilités que la société exerce en la matière.

b) La notion de « *contribution déterminante* » à laquelle il est fait référence dans les deux décisions précitées n'a de sens que par référence à celle de « *la sécurité de l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national* » que vous avez érigé en « *objet principal du service public de l'électricité* », au regard des **articles 1<sup>er</sup> et 2 de la loi de 2000** et par référence aux dispositions de **l'article 3 de la directive 96/92 précitée** qui autorisent les EM à imposer aux entreprises du secteur de l'électricité des obligations de service public, dans l'intérêt économique général, portant sur une telle sécurité.

Dans votre *avis de 2010*, vous en avez retenu une acception technique et instantanée qui renvoie à la sécurité et la fiabilité du réseau mais en précisant, pour autant, qu'elle implique « *eu égard aux caractéristiques physiques de l'énergie électrique, qui ne peut être stockée, que soit assuré à tout moment l'équilibre entre la production et la consommation* ».

Et c'est dans la mesure où les ouvrages de plus de 40 MW sont soumis, en application de **l'article 14 de la loi de 2000** et de ses textes d'application, à des « *prescriptions techniques générales de conception et de fonctionnement* » particulières destinées à assurer, sous la responsabilité du gestionnaire du réseau de transport d'électricité, qui est RTE, l'ajustement entre la production et la consommation d'électricité, que vous avez retenu ce seuil pour caractériser, « *en l'état actuel des techniques* » les ouvrages publics de ce secteur.

c) A s'en tenir à la responsabilité des propriétaires de tels ouvrages, qui est simplement d'être chargés de « *l'exécution d'un service public* », comme vous l'avez précisé dans *l'avis précité*, il ne serait pas possible, nous semble-t-il, d'estimer que la condition de la **jurisprudence Dehaene** est remplie. Et il en est de même pour l'essentiel des exploitants dans la mesure où l'équilibre entre l'offre et la demande d'électricité qui est assuré, en temps réel, c'est-à-dire au jour le jour avec un temps de réaction en cas d'incident qui se compte en minutes, voire en secondes, n'est pas assuré par eux-mêmes mais par RTE qui est le véritable responsable du bon fonctionnement de ce SP dans les conditions de **l'article 15 de la loi de 2000**.

Ainsi, les organes dirigeants d'EDF ne peuvent être regardés comme compétents pour réglementer le droit de grève des agents des centrales nucléaires que s'il existe, pour ces dernières, un service public dont l'entreprise a plus directement et complètement la charge.

d) Avant de répondre à cette question, il importe de préciser que le cadre dans lequel les responsabilités d'EDF s'exercent ne se limite pas à la « *sécurité d'approvisionnement* », au sens restreint et technique du terme. La notion que vous avez consacrée est, en effet, un mix entre cette sécurité qui apparaît au **second alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 2000** et la

« *garantie d'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national* » dont le **premier alinéa du même l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 2000** proclame qu'il est l'objet du SPE.

Nous voyons, pour notre part, dans cette affirmation non pas un simple principe solennel et non normatif, comme il a pu en exister dans d'autres domaines, mais une règle de droit capitale qui assure, sauf motif d'intérêt général, la couverture des besoins essentiels des consommateurs nationaux en matière d'électricité, dans des conditions, par ailleurs, de sécurité.

Quelque soit le terme à retenir, nous souscrivons pleinement à l'analyse de M. Guyomar lorsqu'il indiquait que la production électrique nucléaire constitue un élément « *indissociable de l'équilibre fonctionnel du système électrique* » avant de préciser, à la fin de ses conclusions sur ***l'avis du 29 avril 2010 M. et Mme B...***, que les ***ordonnance de référé de 2009*** déjà évoquées reposaient sur un raisonnement fondé sur le continuum fonctionnel qu'il avait identifié.

6 - Pour ce qui est des centres nucléaires de production d'électricité selon l'appellation qu'utilise EDF pour les distinguer des autres réacteurs qui utilisent la même technologie mais à des fins de recherche, nous n'avons guère de doute sur le fait que leur exploitation constitue un service public au sens de votre jurisprudence telle qu'elle a été, en dernier lieu, synthétisée par vos décisions de ***Section du 22 février 2007 Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés, 264541 au recueil – conclusions C. Vérot*** et du ***6 avril 2007 Commune d'Aix-en-Provence, 284736 au recueil***.

a) Il a été jugé, dans la 1<sup>ère</sup> d'entre elles, dans le prolongement de la décision ***CE 20 juillet 1990 Ville de Melun et Association "Melun-Culture-Loisirs", 69867 au recueil***, que même en l'absence de prérogatives de puissance publique, une personne privée doit être regardée, « *dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission* ».

b) Il ne nous paraît pas contestable qu'en tant qu'il représentait, en 2009, entre 75 et 80 % de la production de l'électricité en France, le parc nucléaire apportait une contribution à l'approvisionnement de la population résidant sur le territoire métropolitain, qui est plus que « *déterminante* », et peut être qualifiée d'« *essentielle* » ou d'« *indispensable* ».

Par ailleurs, la société EDF en était l'unique exploitant, comme elle le reste d'ailleurs encore aujourd'hui, même si d'autres opérateurs pourraient obtenir une autorisation ou être retenus à la suite d'un appel d'offres, dans les conditions prévues par les ***articles 6 et suivants de la loi de 2000***, si de nouveaux ouvrages étaient nécessaires au regard de la « *programmation pluriannuelle des investissements de production* ».

EDF peut donc, dans cette mesure, être regardée comme étant chargée d'une mission d'intérêt général qui correspond, selon nous, à un « *besoin essentiel du pays* », compte tenu de ce que sans électricité, la vie du pays serait ralentie dans une bien plus grande mesure qu'en cas de défaillance des autres services publics (cf. notamment ***CE 8 novembre 1989***

**Syndicat général de la navigation aérienne C.F.T.C. 89887 aux tables** jugeant, en forme d'a fortiori que certains services en la matière correspondent déjà à des besoins vitaux de la France), et étant précisé que la plupart des services publics dépendent eux-mêmes très largement de la possibilité d'avoir recours à cette forme d'énergie.

c) Le second critère relatif au contrôle exercé par la puissance publique, qui repose sur un faisceau d'indices, nous semble également rempli compte tenu de trois éléments propres à EDF et indépendants du contrôle qui est exercé sur ses centrales, comme il le serait sur toute autre par l'Autorité de sûreté nucléaire, conformément à **l'article 4 de la loi n°2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire**, dont les dispositions ont été reprises aux **articles L. 592-1 et suivants du code de l'environnement**:

- en premier lieu, les 58 réacteurs ont tous été mis en service, après le choc pétrolier entre 1978 et 2002, soit en à peine 25 ans, à une époque où EDF était encore un EPIC. Il est difficile de retracer les grandes décisions qui ont marqué, au tournant des présidences du Général de Gaulle et de G. Pompidou, ce déploiement unique au monde. Mais celui-ci n'a été rendu possible que par la synergie totale qui existait alors entre l'Etat et EDF ;

- en deuxième lieu, EDF a toujours conservé l'exploitation exclusive des centrales nucléaires et ce en dépit de sa transformation en SA par la **loi n° 2004-803 du 9 août 2004**, dont **l'article 25** a pris soin de préciser qu'elle ne permettait aucune remise en cause des biens, droits et obligations de l'entreprise, ce qui a fait juger au CC dans sa **décision n° 2004-501 DC du 05 août 2004**, il est vrai au regard de l'ensemble de ses missions de service public, non seulement au **considérant 4** qu'EDF n'est pas placé dans la même situation que les autres opérateurs, mais aussi que sa qualité de « *service public national* », au sens du **neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946**, avait été confirmée par la loi ;

- en troisième lieu, l'Etat a conservé deux prérogatives capitales à l'égard d'EDF: la détention obligatoire, aux termes de **l'article 24 de la loi précitée**, de plus de 70 % du capital (avec une part effective en 2009 de l'ordre de 85%) et la nomination du président du conseil d'administration et directeur général par décret en conseil des ministres en application du **décret n°59-587 du 29 avril 1959 relatif aux nominations aux emplois de direction de certains établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales** ;

En tant que de besoin, vous pourriez préciser que **l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004** a prévu la mise en place d'un contrat de service public entre l'Etat et EDF pour toutes les missions qui sont confiées à cette société, portant notamment sur « *les exigences de service public en matière de sécurité d'approvisionnement* ». Dans un autre domaine, le premier **contrat** qui a été conclu le **24 octobre 2005**, ramène ainsi le délai dans lequel doivent être déconstruits les huit réacteurs nucléaires de 1<sup>ère</sup> génération déjà arrêtés de 50 à 25 ans.

d) Il est vrai que dans une **décision CE 11 juillet 2010, Société Bioenerg, n° 333275 aux Tables**, pour juger que les contrats conclus par EDF avec d'autres opérateurs pour leur acheter l'électricité qu'ils produisent en application de **l'article 8 de la loi de 2000** sont de droit privé, il a été relevé que, ce faisant, EDF n'est pas placée, pour la mission de service public à laquelle elle contribue, sous l'autorité de l'Etat ou d'une autre personne publique.

Mais, au regard des *conclusions du rapporteur public*, une telle analyse ne vaut que pour cette activité très particulière qui a un caractère commercial, d'achat d'électricité, et non industriel de production de cette énergie. Par ailleurs la circonstance que, comme pour ces achats, la production d'électricité concourt à l'intérêt particulier de la société, en ce qu'elle lui permet de fournir de l'électricité à l'ensemble de ses clients, ne nous semble pas exclusif du fait qu'elle concourt à l'intérêt général (cf. dans un tout autre domaine mais avec une solution transposable : *CE 20 juillet 1971, Ville de Sochaux, n° 80804 au Recueil*).

e) Il est vrai, par ailleurs, que le législateur n'a expressément mentionné aucune mission de service public de production d'électricité nucléaire ni à *l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 2000*, ni à *l'article 2* où il a détaillé toutes celles qui relèvent du service public de l'électricité et donnent lieu, en tant que telle, à compensation financière intégrale en application de *l'article 5*.

Mais, il ne nous semble pas possible d'interpréter ce silence comme traduisant, au regard des travaux préparatoires, une volonté de nier une telle qualification qui transparait, au contraire, dans la notion de garantie d'approvisionnement de *l'article 1<sup>er</sup>* et de contribution d'EDF, qui est nommément désignée à *l'article 2*, à la réalisation des objectifs de la PPI.

f) Et le financement, enfin, qui a été mis en place dès l'origine est, finalement, très proche de la logique de concession applicable, par exemple, à l'énergie hydraulique, en vertu d'une *loi du 16 octobre 1919*, qui a été interprétée comme constitutive d'un régime juridique de service public par un *avis de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat du 28 septembre 1995, n° 357 262 et 357 263 – publié au rapport annuel p. 229*. Il repose sur le fait qu'EDF reste, en vertu du *III de l'article 2* précité, en charge de la fourniture d'électricité aux clients éligibles n'ayant pas conclu de contrat avec un autre opérateur et bénéficiant donc du tarif réglementé.

Au regard du droit de la concurrence, notamment issu des textes communautaires, c'est certainement cette modalité de financement du service public de production de l'électricité nucléaire qui est la plus problématique.

Nous notons, toutefois, que la mise en place par la *loi du 7 décembre 2010 dite NOME*, dans les conditions désormais reprises aux *articles L. 336-1 et suivants du code de l'énergie*, de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, a précisément eu pour objet de remédier à cette situation, en permettant à tous les « *opérateurs fournissant des consommateurs finals résidant sur le territoire métropolitain continental* » d'acquiescer auprès d'EDF, jusqu'en 2025, une part de l'électricité qu'ils fourniront ensuite à leurs clients dans la limite du quart environ de la production annuelle (100 Twh) du parc des centrales nucléaires existant au 8 décembre 2010, c'est-à-dire les 58 réacteurs précités, et ce avec un accès, notamment en ce qui concerne le prix, « *transparent, équitable et non discriminatoire* ».

Et on relèvera qu'à la suite de la promulgation de la loi NOME et de ses textes d'application, la commission européenne a abandonné la procédure d'infraction qu'elle avait engagée à l'encontre notamment des tarifs réglementés pour transposition incorrecte des directives communautaires applicables en la matière.

7 - Vous pourrez donc admettre qu'EDF, en tant qu'elle exploite ce parc nucléaire, est chargée d'une mission de service public et est responsable du bon fonctionnement de ce dernier, alors même que c'est l'Etat qui organise, dans son ensemble, le SPE, en lien avec les communes ou leurs EPCI, pour la partie réseau, en application du **dernier alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 2000** et alors même que c'est RTE, qui, en tant que gestionnaire du réseau public de transport, assure, aux termes du **II de l'article 15**, « à tout instant l'équilibre des flux d'électricité sur le réseau, ainsi que la sécurité, la sûreté et l'efficacité de ce réseau ».

Cette société, en effet, n'a aucune autorité hiérarchique au sens de la **jurisprudence Jamart** sur les services d'EDF, et, comme le résume son président dans **l'interview** qu'il avait donné le **23 juin 2000 au journal les Echos**, à propos des risques d'approvisionnement qui étaient alors craints, RTE a une responsabilité qui se limite à acheminer les flux sur le réseau mais non à assurer l'approvisionnement en électricité qui relève des opérateurs pour leurs clients.

a) S'agissant de la compétence pour régler le droit de grève des agents, elle ne nous semble pas relever, au sein d'EDF, du conseil d'administration de celle-ci:

- Certes, en application de **l'article 16 du décret n° 2004-1224 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société**, celui-ci « détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre », et il peut « sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, (...) se saisir de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent » ; tandis qu'en application de **l'article 7 de la loi du 26 juillet 1983 modifiée relative à la démocratisation du secteur public**, il « délibère sur les grandes orientations stratégiques, économiques, financières ou technologiques de l'activité de l'entreprise » ;

- mais ces dispositions ont déjà été interprétées de manière restrictive puisqu'au regard des dernières, il a été jugé, dans une décision **CE 15 mai 2006 Conseil Supérieur Consultatif des Comités Mixtes à la Production d'EDF-GDF, 264133 inédit**, que la mise en arrêt garanti permanent de cinq centrales thermiques, n'était pas au nombre des grandes orientations qu'elles prévoient. Surtout, **l'article 17 du décret précité** investit le PDG des « pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société » et autorise le CA à nommer jusqu'à cinq directeurs généraux délégués, dont les délégations qui ne figurent pas au dossier, n'ont, par ailleurs, pas à être publiées en application de la **décision CE 27 juin 2001 CPAM de la Haute-Garonne c/Mme S..., n° 224115 aux Tables** ;

- enfin, et comme nous l'avons dit, la **jurisprudence Dehaene** est un dérivé de la **jurisprudence Jamart** et c'est donc au titre des pouvoirs de chef de service qu'elle peut être exercée. Ainsi, et en l'absence de contestation sur l'étendue des services placés sous l'autorité hiérarchique du directeur général délégué et du directeur « optimisation aval et trading », leur compétence peut être admise.

b) En dehors d'EDF, il n'aurait pas été exclu, selon nous, que le statut des personnels, qui est déterminé, en application de **l'article 47 toujours en vigueur de la loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz**, par des décrets pris sur le rapport des ministres du travail et de la production industrielle, après avis des organisations syndicales les plus représentatives des personnels, puisse régler le droit de

grève des agents de l'entreprise. Mais, s'agissant d'une mesure ponctuelle visant à faire face à une situation de relative urgence comme en l'espèce, cette voie n'était pas pertinente. Et nous rappelons qu'il est jugé que l'organisation d'un régime d'astreintes relève de l'organisation du service et non de la matière statutaire (cf. **CE 23 février 2002, Syndicat national FO des personnels de préfecture n° 219746, au Recueil**).

Pour une réglementation plus pérenne encore, le législateur aurait, naturellement pu intervenir, comme il l'a fait à **l'article 6 de la loi n° 80-572 du 25 juillet 1980 sur la protection et le contrôle des matières nucléaires** qui a été déclaré conforme à la constitution par une **décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980** et qui prévoit la suspension ou la rupture des liens contractuels ou statutaires avec les personnes physiques qui violeraient intentionnellement les textes et instructions mettant en cause « *la sûreté nucléaire des installations, la protection des matières nucléaires ou la sécurité des personnes et des biens* » (cf. **CE 29 décembre 1995, Syndicat autonome des agents de l'énergie nucléaire, n° 159167 aux Tables** pour la validation d'un règlement intérieur reprenant une telle mesure et regardé comme légal, alors même qu'elles ont une incidence sur l'exercice du droit de grève).

A l'inverse, en cas d'extrême urgence, c'est-à-dire « *d'atteinte grave et immédiate à la sécurité et à la sûreté des réseaux publics de transport et de distribution ou à la qualité de leur fonctionnement* » au sens de **l'article 21 de la loi de 2000**, le ministre chargé de l'énergie aurait pu, en application de cet article qui l'autorise à « *ordonner les mesures conservatoires nécessaires* », restreindre également le droit de grève, mais c'est uniquement, d'après les travaux préparatoires (cf. in fine dans le **rapport de la commission de l'AN n° 1371**) s'il y avait eu un risque sur la « *sécurité physique des réseaux* ».

c) Enfin, nous admettons avec les requérants, que l'Etat aurait, sur le fondement de ses pouvoirs traditionnels de réquisition issus de la **loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre**, été compétent pour prendre des mesures, dans les mêmes conditions que celles qui sont contestées.

Ces pouvoir ont, pour l'essentiel, été codifiés au **4° de l'article L. 2215-1 du CGCT** qui permet au préfet, « *en cas d'urgence, lorsque l'atteinte constatée ou prévisible au bon ordre, à la salubrité, à la tranquillité et à la sécurité publiques l'exige* » et lorsque les moyens dont il dispose « *ne permettent plus de poursuivre les objectifs pour lesquels il détient des pouvoirs de police* » de « *réquisitionner tout (...) service, requérir toute personne nécessaire au fonctionnement de ce service (...) et prescrire toute mesure utile jusqu'à ce que l'atteinte à l'ordre public ait pris fin ou que les conditions de son maintien soient assurées* ».

Dans une **décision CE 9 décembre 2003, Mme A... et autres, n° 262186 au Recueil**, si vous avez censuré les réquisitions ordonnées par un préfet dans un service obstétrique d'une clinique privée, ce n'est pas au motif que celui-ci était incompétent pour les ordonner mais parce que, s'agissant de leur légalité interne, les mesures prises visaient à maintenir une activité complète sans que le préfet n'ait recherché « *si les besoins essentiels de la population ne pouvaient être autrement satisfaits compte tenu des capacités sanitaires du département* ».

Cette notion de « *besoins essentiels de la population* » fait écho à la notion de « *besoins essentiels de la Nation* » ou « *du pays* » que nous évoquions plus haut au titre de l'une des hypothèses où la *jurisprudence Dehaene* peut jouer.

Et nous relèverons :

- que dès 1950, une *décision de Section du 10 novembre 1950 Fédération nationale de l'Eclairage et des forces motrices, p. 548* avait admis, au regard de la *loi de 1938*, la validité d'un décret réquisitionnant l'ensemble du personnel des entreprises et exploitations électriques et gazières, au motif qu'elle était intervenue en vue « *d'assurer la continuité du fonctionnement d'un ensemble de services et d'entreprises indispensables pour assurer les besoins du pays* » ;

- tandis que dernièrement une ordonnance *JRCE 23 mai 2011 Ministre c/M. P..., n° 349215 inédit* a admis le recours à *l'article L. 2215-1* par le préfet de la Réunion pour réquisitionner des salariés d'une centrale thermique couvrant les besoins essentiels du Sud de l'Ile.

d) Quoiqu'il en soit, cette compétence de l'Etat ne nous paraît pas exclusive de celle d'EDF:

- dans la *2<sup>nde</sup> décision O... de 2006 (8 mars 2006, n° 278999)* que nous évoquions plus haut, l'obligation des organes dirigeants de RATP de garantir la continuité du service public des transports collectifs a été réaffirmée en précisant qu'elle devait être exercée compte tenu des pouvoirs dont dispose l'Etat « *notamment en matière de réquisition* », ce qui nous semble indiquer que les deux compétences co-existent même si dans cette affaire, il a été tenu compte de celle de l'Etat pour estimer que l'EP n'avait pas à prendre de mesure particulière au titre de la sienne ;

- Et on ne peut rien tirer, nous semble-t-il, du *V du contrat de service public du 24 octobre 2005 précité* qui, d'une part, se borne à prévoir en cas de « *crise sur l'équilibre production-consommation en France* », que « *l'Etat attend de tous les acteurs du système électrique, en particulier au sein du groupe EDF (dans ses activités de production, transport, distribution, commercialisation), qu'ils regroupent leurs moyens humains et techniques pour gérer en synergie la situation et mettre l'ensemble de ces moyens à la disposition des cellules de crise, et ce sous la responsabilité des pouvoirs publics* », sans exclure expressément la possibilité de réglementer le droit de grève et qui, d'autre part, nous semble n'avoir qu'une portée contractuelle et non réglementaire au sens de votre décision *d'Assemblée du 10 juillet 1996, C..., p. 274*, au même titre que les contrats de plan conclus entre l'Etat et la Poste (cf. *Section du 19 novembre 1999, FO PTT, n° 176261 au Recueil*) si bien qu'au regard du précédent d'Assemblée, la méconnaissance de ses stipulations « *ne peut être utilement invoquée comme moyen de légalité à l'appui d'un REP* ».

Si vous nous suivez, vous jugerez donc que les dirigeants d'EDF avaient compétence pour édicter les règles applicables, en cas de poursuite de la grève, aux agents dont la présence à leur poste était indispensable au redémarrage des réacteurs dont l'interruption prolongée du fonctionnement aurait porté atteinte aux besoins essentiels de la Nation.

8 – S’agissant des deux autres moyens de légalité externe qui sont invoqués, vous pourrez les écarter aisément :

a) Le moyen tiré de ce que le comité d’entreprise et le comité d’hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui sont respectivement compétents en application des **articles L. 2323-6 du code du travail** sur les questions intéressant l’organisation, la gestion et la marche générale de l’entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter la durée du travail et les conditions de travail et en application de **l’article L. 4612-8 du même code** avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l’organisation du travail, n’est pas fondé eu égard à l’objet et à la portée des décisions attaquées.

Cela a déjà été jugé, dans la **décision de Section de 1997** avec un a fortiori puisqu’il s’agissait d’une réglementation permanente mais aussi, s’agissant de mesures ponctuelles proches de celles de l’espèce, dans la **décision précitée de 1998 Mme R... (30 novembre 1998 Mme R... et autres, n° 183359)**. Dans ses conclusions de Section, JD Combrexelle faisait valoir que les limitations apportées au droit de grève ne visent pas à organiser les conditions de travail mais sont quasiment des règlements de police. Ainsi et même s’il admettait que cela puisse paraître paradoxal dès lors qu’elles encadrent une liberté fondamentale, elles n’ont pas, à peine de nullité, à être soumis aux institutions représentatives du personnel, ce qui entraînerait des délais incompatibles avec l’urgence.

b) Enfin, le moyen tiré de l’insuffisance de motivation des deux notes qui, pour la première, pose le principe de la réquisition, sous peine de sanctions disciplinaires, et qui, pour la seconde, désigne les réacteurs concernés par cette décision de réquisition, outre qu’il manque en fait, est inopérant s’agissant de décisions qui ont un caractère réglementaire et non individuel.

## II - SUR LA LEGALITE INTERNE

La seconde question délicate des affaires qui vous sont soumises, est, au titre de la légalité interne, d’une part de déterminer, en droit, les conditions dans lesquelles la continuité du service public dont EDF a la charge doit être assuré, et d’autre part, de savoir si, au regard des faits de l’espèce, les mesures contestées étaient nécessaires et proportionnées.

9 - S’agissant de la question de droit, la **décision de Section de 1997**, pour écarter l’atteinte excessive au droit de grève qui était invoquée s’était appuyée sur « *la nature du SP de production d’électricité* », les « *impératifs de sécurité qui lui sont liés* » et les « *contraintes techniques de maintien de l’interconnexion et de préservation de l’équilibre entre la demande et l’offre d’électricité* ».

Dans ses conclusions, JD Combrexelle avait admis « *qu’en contraignant les agents au respect des consignes données par le service central, les circulaires conduisent, en réalité, les agents à maintenir l’équilibre du réseau dans des conditions qui rendent finalement, chacun peut en faire la constatation, la grève assez peu gênante pour les usagers* ». Mais il avait souligné que « *plus que pour tout autre service public, la spécificité de l’activité d’EDF rend difficile la balance entre les exigences de continuité du service public et le respect du droit de grève. Les dirigeants ne peuvent priver de toute portée et de tout impact la grève de*

leurs agents. En même temps le droit de grève, tel qu'il est reconnu par la Constitution, n'est que le droit à une cessation concertée du travail en vue d'appuyer une revendication professionnelle non celui d'apporter, par des agissements divers, une gêne maximale à l'utilisateur du service ». Et il avait fait référence à la **décision d'Assemblée précitée de 1964** qui avait qualifié d'abusives une forme de grève se traduisant par un retard systématique dans le départ des trains.

Puis, relevant que les circulaires litigieuses ne visaient pas seulement à interdire ces formes de grève abusive mais tendaient à instituer des obligations positives de service concernant l'exécution des consignes du service central, notre collègue avait rappelé que « *comme l'a montré le passé récent - et nous pourrions illustrer ce propos avec les coupures qui ont affecté 70 000 personnes en Normandie il y a deux semaines à cause de la neige - la rupture des équilibres des réseaux entre, d'une part, l'offre d'électricité qui ne peut être stockée et, d'autre part, la demande d'électricité qui ne peut être ni commandée ni limitée peut paralyser le pays dans des conditions mettant en péril ses besoins vitaux* ». Enfin, il avait conclu en indiquant que « *techniquement, cet équilibre général s'opère, compte tenu de l'interconnexion des réseaux, au niveau central qui seul a la connaissance instantanée de l'offre et de la demande d'énergie. Le régime qui est ici en cause vise à éviter tout délestage intempestif d'un site local qui de proche en proche pourrait provoquer un effondrement du réseau national* »

10 – Dans la présente affaire, la conséquence d'une poursuite de la grève n'aurait pas nécessairement été un tel effondrement du réseau, puisque des délestages auraient sans doute permis de l'éviter, mais une pénurie sensible et durable d'électricité en cas de forte chaleur :

- En effet, une **première note du 5 juin 2009 de RTE** avait certes indiqué de manière rassurante, dix jours avant les mesures contestées, que, dans l'hypothèse de températures proches des normales, les capacités de production permettraient d'alimenter la consommation en France continentale et même d'exporter sur les marchés européens et que dans l'hypothèse d'un scénario de forte chaleur (températures supérieures de 7° C aux normales saisonnières), des importations auraient été nécessaires mais uniquement à hauteur de 2 800 MW en juillet ;

- Mais, il ressort de cette note que les éléments transmis par les producteurs qui avaient alors été compilés remontaient à avril 2009, c'est-à-dire avant que ne soient connus les retards occasionnés par les grèves. Aussi, dans une **2<sup>nde</sup> note du 22 juin 2009**, RTE a dû actualiser ces projections, sur la base d'informations transmises mi-juin. Et vous devez tenir compte de ce document, même s'il est postérieur aux mesures contestées, car il éclaire ces dernières (cf. **CE 23 juillet 2010 M. L..., 326544 aux tables sur un autre point**) ;

- Or si cette **seconde note** prévoit, dans l'hypothèse de températures proches des normales saisonnières, que des importations seraient nécessaires, à hauteur de 500 MW à la mi-juillet, ce qui n'était pas en soi insurmontable, elle précise qu'en cas de forte chaleur, les importations pourraient atteindre 8 000 MW à la mi-juillet, en précisant qu'il s'agirait d'un « *niveau que le système électrique français n'a jamais connu, atteignant la limite acceptable sur le réseau français et possible uniquement si la provenance d'électricité est bien répartie sur les frontières* » avant de conclure que « *toute nouvelle dégradation de la disponibilité du parc de production serait susceptible, en cas de forte chaleur, de menacer la sécurité*

*d'approvisionnement du pays en électricité ».*

11 – Comme ces deux notes sont les principaux éléments sur lesquels EDF s'appuie pour justifier les mesures contestées, les requérants redoublent d'arguments pour essayer de vous convaincre, en vain, selon nous, qu'ils ne sont pas suffisants :

a) La sincérité de la seconde note est, d'abord, mise en cause en ce qu'elle viendrait conforter les décisions prises quelques jours plus tôt par EDF, maison mère de RTE.

Toutefois, il ne nous apparaît pas possible de présupposer que cette note a été dictée par EDF même si les chiffres donnés sont proches de la note de cette dernière puisqu'un déficit maximum de 7000 MW le 14 juillet y était évoqué. Au contraire, l'actualisation des prévisions apparaît cohérente avec le fait que le redémarrage de 8 tranches d'une puissance de 900 à 1300 MW qui était prévu, en avril, pour début juillet, apparaissait, mi-juin, compromis.

b) Aucun élément sérieux ne permettait, ensuite selon les syndicats, d'accréditer le risque de canicule et EDF aurait, finalement, exporté 1 700 MW en moyenne en juillet.

Mais la légalité de la décision s'apprécie, en excès de pouvoir, à la date à laquelle elle a été prise et le JRCE a partagé, « à chaud », le constat relatif aux risques encourus même si c'est, il est vrai, en se bornant à vérifier qu'il n'y avait pas d'atteinte manifestement illégal

Pour ce qui est des importations, l'analyse des régulateurs européens qui figure au dossier confirme que les projections faisaient bien état de besoins probables d'importations de la France, comme d'ailleurs de la Belgique et de l'Italie. Et pour ce qui est de la canicule, les craintes n'étaient pas infondées puisque le 19 août a été marqué par des températures inédites depuis 2006 avec un minimum de 33° à Lille et des alertes orange dans 9 départements.

c) Les requérants contestent, par ailleurs, la notion de « *risque 1%* » sur laquelle repose l'analyse prévisionnelle de RTE. Cette notion, si elle n'est pas directement prévue par un texte réglementaire, représente, toutefois, le niveau de « *marge d'exploitation* », au sens du I de ***l'article 26 du cahier des charges type de concession du réseau public de transport d'électricité au décret n° 2006-1731 du 23 décembre 2006***, pris en application du ***II de l'article 12 de la loi de 2000***, qui correspond à une probabilité de 1% de devoir faire appel à des moyens dits exceptionnels, c'est-à-dire, au regard du ***II de l'article précité***, à des délestages. Faute de contestation précise sur son niveau, elle nous paraît acceptable.

d) Enfin, les requérants contestent que la société avait pris, comme elle l'affirme, l'ensemble des mesures alternatives qui étaient envisageables :

- Ce point est, sans doute le plus délicat sur le plan factuel, car d'après un ***état de la situation au 12 juin 2009*** qui a été produit par l'un de syndicats et non contesté par EDF, il restait, au même moment une vingtaine de tranches disponibles non couplées (Charbon, fioul et gaz) et donc, a priori, mobilisables de 6 500 MW. Et à la lecture de ce document, on peut avoir le sentiment que les décisions contestées ont été prises, au moins pour partie, dans le souci de mettre simplement un terme au coût que représentait le mouvement social pour EDF en contraignant celle-ci à mobiliser des productions alternatives plus chères ou à importer de l'électricité ;

- Toutefois, ce document reflète uniquement la situation au 12 juin et non celle qui était envisagée, à cette date, pour la mi-juillet. Or les données en cause sont, manifestement, susceptibles d'évolutions très rapides puisque le 25 juin, d'après une seconde fiche qui figure au dossier, les tranches non-nucléaires disponibles non couplées n'étaient plus qu'au nombre d'une quinzaine, avec une puissance totale inférieure de 1000 MW.

Autrement dit, même s'il y a matière à hésitation, il nous paraît délicat de s'appuyer sur ces documents pour écarter l'affirmation d'EDF dans la *seconde note du 15 juin*, selon laquelle les déficits envisagés pour mi-juillet avaient été calculés malgré « l'activation de tous les leviers à sa disposition » (production thermique, hydraulique ou lié à la cogénération, achat sur les marchés et effacement de ses clients). Il est, en effet, constant que, mi-juin, seulement 65 % de ses capacités nucléaires étaient couplées au réseau, contre 80 % habituellement et qu'en cas de forte chaleur, la consommation augmente (ventilation, climatisation) et la production baisse (contraintes sur les rejets acoueux, réduction des capacités hydroélectriques).

12 – Si vous nous suivez, et en dépit du contrôle de nécessité et de proportionnalité très rigoureux qui doit être exercé en matière de limitation du droit de grève depuis une décision de *Section du 28 novembre 1958, Lepouse, p. 596*, vous pourrez estimer qu'EDF a établi que la remise en fonctionnement, d'ici le 15 juillet, des six réacteurs qui ont fait l'objet des mesures contestées sur les huit qui étaient encore bloqués, était nécessaire, compte tenu de l'insuffisance des solutions alternatives, pour éviter des délestages.

Par ailleurs, comme la grève était reconduite sur ces sites depuis dix semaines, et ce malgré les sommations interpellatives qui avaient été adressées aux représentants des syndicats ayant déposé les préavis, la société a pu décider la réquisition des salariés dont l'intervention était indispensables à ces redémarrages, dès lors qu'il n'est pas contesté qu'il était impossible, compte tenu de la technicité de leurs fonctions, de les remplacer soit par des recrutements externes, soit même par des collègues venant d'autres centrales.

Enfin, il n'y a pas d'éléments qui puissent vous amener à revenir sur la position prise par le juge des référés admettant, au vu d'un débat contradictoire bien plus nourri que devant vous sur ce point, que le périmètre des réquisitions, qui ont concerné 3000 personnes sur les 6000 agents employés sur les sites en cause, correspondait strictement, compte tenu des tâches demandées à chacun, à ce qui était nécessaire pour atteindre l'objectif. Il apparaît, d'ailleurs, que la proportion des personnels grévistes « réquisitionnés » a également été de un sur deux.

13 - Pour en déduire que les mesures étaient légales, il faut néanmoins exclure, en amont et en droit, que, parmi les solutions alternatives qui doivent être recherchées avant que ne soit réglé le droit de grève en matière de production d'électricité nucléaire, il y ait la mise en œuvre de délestages.

a) Sur la forme, la difficulté, que l'on retrouve ici, tient au rôle central que joue RTE pour assurer à tout instant l'équilibre des flux d'électricité, et qui peut le conduire :

- d'une manière générale, en application des *II et III de l'article 15 de la loi de 2000*, à modifier les programmes d'appel que les producteurs prévoient de livrer au cours de la journée suivante et à négocier avec les producteurs de son choix les contrats

nécessaires à assurer la sécurité de l'approvisionnement, et ce, selon des procédures concurrentielles, non discriminatoires et transparentes ;

- dans les périodes de crise, en application des **articles 19, 22 et 32 du cahier des charges annexé au décret de 2006 précité**, à « prendre toutes les mesures appropriées pour rétablir le plus rapidement possible les conditions normales d'exploitation » en cas notamment « d'indisponibilité soudaine, fortuite et simultanée de plusieurs installations de production », à coordonner la « planification des arrêts des installations de production » à charge pour lui d'alerter « sans délai le ministre chargé de l'énergie si la programmation des arrêts d'un producteur est susceptible de porter atteinte à la sécurité d'approvisionnement en électricité » et, s'agissant plus particulièrement des délestages, à demander aux gestionnaires de réseaux publics de distribution et aux consommateurs directement raccordés au réseau public de transport « en cas d'impossibilité d'assurer l'équilibre des flux, (...) de réduire immédiatement leur soutirage dans les proportions et durées qui lui apparaissent nécessaires pour la sauvegarde de l'équilibre du réseau » et même « en cas d'observation ou d'insuffisance de ces prescriptions, ainsi qu'en cas d'urgence » de suspendre « directement l'alimentation de tout ou partie des réseaux publics de distribution et des consommateurs directement raccordés au réseau public de transport », à charge pour lui, d'alerter « sans délai le ministre chargé de l'énergie ainsi que le ministre chargé de la sécurité civile des mesures »

Même si le système de régulation repose largement sur ceux que le **V de l'article 15 de la loi de 2000** appelle les « responsables d'équilibre », c'est-à-dire environ 150 sociétés, dont EDF, qui assurent, y compris financièrement, pour le compte d'un ou plusieurs producteurs la responsabilité des écarts entre les injections et les soutirages d'électricité auxquels ceux-ci procèdent, c'est en dernier recours, RTE qui est responsable de l'équilibre d'ensemble des flux et c'est à ce dernier qu'il revient, en application des dispositions expresses du **second alinéa du V de l'article 15**, lorsque cet équilibre est compromis par les écarts pris en charge par un responsable d'équilibre, de mettre en demeure celui-ci de « réduire ces écarts dans les huit jours », sous peine de dénonciation du contrat qui le lie à lui.

Même si aucun moyen, qui aurait relevé de la légalité externe, n'a été soulevé à cet égard, le principal reproche qui pourrait, à notre sens, être fait à EDF de ce point de vue, est d'avoir agi sans que RTE ne l'ait mis en demeure de réduire les écarts qu'il anticipait pour le 15 juillet, ce qui aurait été plus orthodoxe au regard des textes et des responsabilités respectives :

- Pour tous les producteurs et responsables d'équilibre autres qu'EDF, ils ne pourraient ainsi, à supposer même qu'ils aient la charge d'un service public en matière d'électricité qui excède celui qui a été consacré par votre **avis précité du 29 avril 2010 M. et Mme B...(n° 323179)**, agir indépendamment de RTE : non seulement ils ont, en effet, une connaissance insuffisante des paramètres en fonction desquels l'équilibre des flux doit s'établir dès lors que leur périmètre est très parcellaire par rapport à l'offre et à la demande d'électricité françaises, mais ils ne disposent, en outre, que de leviers d'action très limités qui n'épuisent pas les mesures pouvant être prises par d'autres ;

- Dans le cas, toutefois, d'EDF, il nous semblerait très formaliste de s'appuyer sur un tel raisonnement pour censurer les décisions contestées dans la mesure où la société,

d'après *l'observatoire des marchés de la CRE de juin 2009*, assurait tous sites confondus 90 % de la consommation nationale : autrement dit, avec ses propres données, elle était en mesure d'ajuster celles que la CRE avait publié début juin et d'en tirer les conséquences, d'une part, sur la production qui était nécessaire de sa part et d'autre part, sur les autres leviers relevant, pour l'essentiel, de son propre périmètre, qu'il s'agisse des importations ou de ce que l'on appelle habituellement les effacements, c'est-à-dire des diminutions de consommation volontairement et le plus souvent contractuellement choisies par ses clients. Et cette analyse a été immédiatement validée par la seconde note de la CRE.

Un tel raisonnement n'est, toutefois, envisageable que si, sur le fond, vous estimez qu'il est légalement possible de limiter le droit de grève dans les centrales nucléaires pour éviter qu'il ne conduise à des délestages. A défaut, en effet, EDF n'étant pas chargé de telles mesures, la société n'aurait pas la capacité d'apprécier celles d'entre elles qui seraient acceptables et d'en déduire le niveau de production qui doit être le sien.

b) Pour certains requérants, les seuls délestages qui puissent être regardés comme portant atteinte aux besoins essentiels de la nation sont ceux qui sont exclus par *l'article 2 de l'arrêté du 5 juillet 1990 fixant les consignes générales de "déstage" sur les réseaux électriques* :

- hôpitaux, cliniques et laboratoires ou établissement dont la cessation ou la réduction brutale d'activité comporterait des dangers graves pour les personnes ;
- installations de signalisation et d'éclairage de la voie publique indispensables à la sécurité ;
- installations industrielles ne pouvant souffrir, sans subir de dommages, d'interruption dans leur fonctionnement, particulièrement en matière de défense nationale.

Mais s'il a été jugé dans la *décision de Section de 1997*, que cet arrêté définit « *le service minimum s'imposant à l'établissement public en toutes circonstances* », c'est-à-dire au sens de votre *décision précitée de 1976 CHR d'Orléans*, « *les services qui ne peuvent en aucun cas être interrompus* », cela ne signifie pas pour autant que ce soit les seuls qui, si les délestages se prolongent, doivent être assurés.

Il est, certes, intellectuellement concevable de faire une liste plus complète des autres usages indispensables de l'électricité, en fonction de la durée de la pénurie, au même titre que *l'article 4 de l'arrêté* permet aux usagers de demander aux préfets à être inscrits sur des « *listes supplémentaires* » permettant une priorité d'alimentation en électricité.

Mais un tel exercice serait très difficile tant l'usage de l'électricité est répandu, compte tenu de sa non-substituabilité dans bien des domaines, et compte tenu de ce qu'elle ne peut être stockée, à de rares exceptions près. Sa traduction pratique ne serait, surtout, pas plus aisée car elle imposerait aux gestionnaires de réseau d'être en mesure, concrètement, d'éviter les délestages pour les usagers précités, ce qui supposerait non seulement leur identification préalable mais aussi la mise en place de modalités particulières de raccordement au réseau.

Si vous nous suivez vous admettez que les délestages ne sont pas au nombre des solutions alternatives qui doivent être prises en compte avant de réglementer le droit de grève dans le secteur de l'électricité, à la différence de l'ensemble des autres leviers permettant d'éviter des conséquences graves dans l'approvisionnement du pays : mise en œuvre d'autres moyens de production, recours aux capacités d'importation des réseaux transfrontières ou appel à l'effacement des consommateurs.

c) Notons, pour finir, que le fait que le « *service minimum* » en matière d'électricité ne soit pas synonyme de couverture insuffisante de la demande, ce qui contreviendrait, nous semble-t-il, à la garantie d'approvisionnement dans le respect de l'intérêt général qui est affirmé par **le premier alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 2000**, ne signifie nullement qu'il faille toujours assurer un « *service normal* » et donc que la grève soit impossible

Même si les usagers n'en subissent pas directement les conséquences, les grèves dans les centrales nucléaires ne sont, d'ailleurs pas rares. Sur les six derniers mois, par exemple, il y en a eu deux, l'une à Cattenom en novembre 2012 et l'autre à Chooz pas plus tard que le mois dernier. Ceci s'explique à notre sens, par le fait que sans qu'il ne gênent nécessairement les usagers, le manque de production qu'elles entraînent se traduit par un manque à gagner ou à des surcoûts pour EDF puisque celle-ci ne pourra pas vendre l'électricité correspondante, notamment à l'export, et devra, le cas échéant, recourir à d'autres capacités de production qui sont, toutes, plus chères.

S'agissant de la grève de 2009, EDF a, ainsi, annoncé qu'elle avait entraîné une perte de production de l'ordre de 7,6 TWh et une perte financière de 450 millions d'euros alors que le nombre de grévistes a été estimé à quelques centaines de personnes. La défense des intérêts professionnels des agents d'EDF ne nous semble pas nécessiter davantage, face à la couverture du besoin essentiel du pays que représente son alimentation électrique.

14 – Le dernier moyen de légalité interne est aisé à écarter. Il est tiré de ce que les mesures contestées auraient caractérisé une action concertée ainsi qu'une exploitation abusive de position dominante ou de l'état de dépendance économique d'une entreprise cliente ou fournisseur au sens de **l'article 82 du Traité instituant la Communauté européenne** et des **articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce** qui les prohibent. Ce moyen, qui n'est guère étayé, appelle, à notre sens, une réponse aussi brève que si un détournement de procédure avait été allégué : si vous nous avez suivi, il manque en fait. Réglementer le droit de grève est, pour le reste, certes une prérogative qui est, dans notre esprit réservé, à EDF au titre de son parc nucléaire, mais il s'agit de la stricte contrepartie de la sujétion qui oblige celle-ci à assurer la continuité du SP.

## CONCLUSION

Si vous nous suivez pour surmonter les difficultés posées par la présente affaire, quant au périmètre de la ***jurisprudence Dehaene***, à la nature du SP dont EDF à la charge dans les centrales nucléaires et aux conditions dans lesquelles le droit de grève peut y être encadré, vous pourrez, écartant l'ensemble des moyens dirigés contre les deux notes qui ont mis en place les mesures contestées, rejeter les conclusions qui les concernent. Rejetant, par ailleurs, si vous nous avez suivi, les autres conclusions à fin d'annulation, vous ne pourrez accorder

aux requérants les frais demandés en application de *l'article L. 761-1 du CJA*. En revanche, vous pourrez mettre à la charge de chacun le versement de 1000€ à la société EDF.

Et PMNC :

- au rejet des conclusions de la requête de la Fédération Chimie Energie CFDT dirigées contre les décisions individuelles réquisitionnant les salariés d'EDF comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître,

- au rejet du surplus des conclusions de cette requête et de celles des autres fédérations,

- ainsi qu'à l'octroi des frais irrépétibles.