

CONCLUSIONS

Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteur public

L'article 39 de la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie a transformé Gaz de France en société anonyme et l'a ajoutée à la liste des sociétés privatisables annexée à la loi du 19 juillet 1993 de privatisation. C'est sur ce fondement qu'un décret du 19 décembre 2007 a autorisé le transfert de Gaz de France au secteur privé. Mais si l'Etat a perdu la majorité du capital lors de la fusion intervenue entre Gaz de France et Suez, en juillet 2008, il a toutefois conservé une minorité de blocage, conformément aux prescriptions de l'article L. 111-68 du code de l'énergie qui lui imposent de détenir plus du tiers du capital de la nouvelle entité.

En juin 2014, alors que l'Etat détenait 36,7 % du capital de GDF-Suez, le ministre de l'économie et le ministre des finances ont engagé une opération de cession de titres conduisant à faire passer la participation de l'Etat dans le capital de cette société à 33,04 %, soit moins du tiers du capital.

Le franchissement de ce seuil a été rendu possible par la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014, dite « loi Florange », dont l'article 7 prévoit à son VI que « *dans les sociétés anonymes dans lesquelles la loi prévoit que l'Etat doit atteindre un seuil minimal de participation en capital, inférieur à 50 %, cette obligation est remplie si ce seuil de participation est atteint en capital ou en droits de vote. La participation de l'Etat peut être temporairement inférieure à ce seuil à condition qu'elle atteigne le seuil de détention du capital ou des droits de vote requis dans un délai de deux ans* ». Cette même loi a par ailleurs prévu la mise en place d'un système de droits de vote double.

Les deux arrêtés des 25 juin 2014 et 25 juillet 2015 ayant autorisé ce premier passage de la participation de l'Etat sous la barre des 33 1/3 ont fait l'objet de recours pour excès de pouvoir formés par la Fédération CFE-CGC Energies et la Fédération nationale des syndicats des mines et de l'énergie, que vous avez rejetés par une décision du 16 mars 2016 (n^{os} 384057, 384081), vous reconnaissant ainsi compétents pour connaître en premier et dernier ressort d'un tel litige. Soulignons qu'à l'occasion de ce recours, vous avez refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC qu'avaient soulevée ces syndicats à l'encontre de la seconde phrase du VI de l'article 7 de la loi Florange en jugeant non sérieuse la question tirée d'une atteinte au principe de continuité du service public, dès lors que le respect des obligations de service public imparties à l'entreprise par le législateur est garanti par un dispositif de contrôles et de sanctions indépendant du niveau de la part détenue par l'Etat dans le capital de la société.

Le feuilleton de la participation de l'Etat au capital de la société GDF, devenue Engie, ne s'est toutefois pas arrêté là, dès lors, d'une part, qu'il a bien fallu dans le délai de deux ans que la participation de l'Etat revienne au-dessus du seuil de détention du capital ou de droits de vote requis par la loi, et d'autre part, que l'Etat, courant encore et toujours après des sources faciles d'argent frais, a décidé de procéder une nouvelle fois à une cession d'actions de cette société.

C'est ainsi qu'alors que l'attribution de droits de vote double en vertu de l'article L. 225-123 du code de commerce avait fait remonter en avril 2016 la participation de l'Etat dans la société Engie à 36,3% des droits de vote (cette participation ne représentant que 32,76% du capital social), un arrêté du 11 janvier 2017 a autorisé la cession d'un peu plus de 100 millions d'actions d'Engie, représentant 4,6% du capital social, au prix unitaire de 11,4 euros (dont 10% réservées aux salariés et anciens salariés du groupe), permettant ainsi le passage de la participation de l'Etat à 28,7 % du capital et 32,6 % des droits de vote.

C'est l'arrêté dont la Fédération CFE-CGC et M. A..., salarié et actionnaire d'Engie, vous demandent aujourd'hui l'annulation pour excès de pouvoir par une requête, qui contrairement à ce que soutient le ministre en défense, nous paraît recevable – mais que vous pourrez rejeter sur le fond sans avoir en tout état de cause à vous prononcer sur ce point.

La requête s'articule en effet autour d'un unique moyen, tiré de ce que l'arrêté attaqué méconnaît les dispositions combinées de l'article L. 111-68 du code de l'énergie et du VI de l'article 7 de la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014, en ce qu'il viole l'obligation pour l'Etat de détenir plus du tiers du capital de GDF Suez.

L'argumentation est double. D'une part, il est soutenu que le délai de deux ans durant lequel la loi Florange autorise, à titre dérogatoire, à passer sous le seuil de capital requis par l'article L. 111-68 du code de l'énergie devrait être décompté à compter de l'entrée en vigueur de cette loi, et qu'en outre, il ne saurait être fait usage plusieurs fois de cette faculté. D'autre part, rien ne garantirait que la participation de l'Etat repassera au-dessus du seuil d'un tiers du capital au terme du délai de deux ans mentionné au VI de l'article 7 de la loi « Florange ».

Sur le premier point, il est vrai que les I et II de l'article 7 de la loi Florange ont créé le système de vote double, qui est de droit pour toute inscription nominative détenue depuis plus de deux ans, et ont prévu que ce délai est décompté à partir de l'entrée en vigueur de la loi. Et ce n'est pas un hasard si la loi qui a créé un tel système de droit de vote double a en même temps prévu que les droits de vote suffiraient désormais à satisfaire aux conditions de détention de capital imposées à l'Etat dans certaines sociétés par d'autres dispositions législatives, de même que ce n'est sans doute pas non plus une coïncidence si le délai durant lequel il peut être dérogé à ce seuil a été fixé à deux années.

Ainsi, l'exposé des motifs de l'amendement parlementaire dont le VI de l'article 7 est issu indique qu'il s'est agi d'*« introduire des dispositions traitant des conséquences de la généralisation des droits de vote double sur l'Etat actionnaire. (...) Sauf impératifs liés à la gestion de son portefeuille, il fait ainsi partie des acteurs qui rempliront les critères permettant de bénéficier des droits de vote double. / Cependant, les dispositions imposant à l'Etat une participation minimale en capital dans certaines entreprises du secteur privé l'empêchent de bénéficier pleinement du bénéfice de ces droits. Contrairement aux autres actionnaires, lorsque de telles dispositions s'appliquent, il ne peut pas libérer le capital investi à hauteur des droits de vote double qu'il a acquis. / C'est pourquoi votre rapporteure propose un amendement visant à*

prendre en compte la situation spécifique de l'État actionnaire au regard des droits de vote double. » En séance, l'amendement a été défendu au motif que « pour bénéficier de ces droits de vote double, l'État doit avoir la possibilité de passer en dessous du seuil de participation pour y remonter ensuite, afin de pouvoir tirer le plein bénéfice de notre texte ».

Pour autant, la rédaction du VI de l'article 7 de la loi Florange ouvre une faculté générale de descendre sous le seuil de participation prévu par une disposition législative, sous la seule condition que ce franchissement du seuil soit temporaire : le délai de deux années qu'il édicte n'est pas un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi Florange, à la différence du III renvoyant expressément pour les I et II à ce point de départ, mais tout délai de deux ans décompté à compter du franchissement sous le seuil de capital requis.

Par ailleurs, rien dans la loi n'interdit qu'il soit fait usage à plusieurs reprises de cette faculté, pour autant qu'à chaque fois, il soit repassé au-dessus de ce seuil avant l'expiration du délai de deux. Chaque remontée au-dessus du seuil du tiers nous paraît ainsi remettre les compteurs à zéro et autoriser, le cas échéant, un nouveau passage en-dessous du seuil pour autant qu'il ne dure pas plus de deux années. Enfin, le « refranchissement » du seuil de droits de vote peut ne pas procéder de la détention durant deux années d'actions acquérant un droit de vote double : elle peut procéder par exemple d'un rachat d'actions ou d'une augmentation de capital.

Or la loi Florange ayant prévu que l'atteinte du seuil de participation au capital requis par l'article L. 111-68 du code de l'énergie peut désormais s'apprécier alternativement en termes de droit de vote ou en termes de capital social, l'attribution de droits de vote double à l'Etat à compter du 2 avril 2016, l'ayant conduit à détenir plus de 36% des droits de vote dans la société Engie, a permis à l'Etat de respecter à nouveau le seuil de participation d'un tiers fixé par le code de l'énergie. Par suite, l'Etat a pu, en février 2017, décider d'une nouvelle cession de titres, laquelle ne pourra que temporairement le faire passer sous le seuil requis.

Quant à la seconde critique adressée par la requérante, elle se heurte au principe en vertu duquel la légalité d'un acte s'apprécie en excès de pouvoir à la date de son édicton. Dès lors, la circonstance qu'il ne serait pas garanti que l'Etat repassera au-dessus du seuil requis par la loi dans les deux années suivant la cession est sans incidence sur la légalité de l'arrêté attaqué, comme vous l'avez jugé dans votre décision du 16 mars 2016.

Enfin, si la requête souligne que la cession serait contraire à l'esprit qui avait animé le législateur au moment de la loi Florange et qu'elle serait stratégiquement erronée au regard de l'état des marchés financiers, il ne vous appartient pas, comme les requérants le reconnaissent eux-mêmes, d'apprécier l'opportunité des choix de l'Etat actionnaire, et les développements des écritures sur ces points nous paraissent davantage exprimer des regrets que de véritables moyens autonomes auxquels vous devriez répondre, même si nous ne sommes pas loin de penser comme les requérants que l'habitude ne devrait pas être de se situer sous le seuil du tiers et l'exception, le respect de ce seuil, mais plutôt l'inverse et que l'usage de la dérogation doit rester... dérogoire.

Dans les circonstances de l'espèce, il ne nous paraît pas y avoir lieu de mettre à la charge des requérants une somme au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, bien que l'Etat ait eu recours aux services d'un avocat.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête, ainsi qu'au rejet des conclusions présentées par l'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.